# Der Einfluß des bewußten Willensmangels auf die Rechtsgeschäfte

## nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung (§§ 116, 117 Abs. 1 u. 118).

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

**Siegfried Fränkel**
Referendar.

**Borna-Leipzig**
Buchdruckerei Robert Noske
1907.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit zugeeignet.

# Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Grundlegender Teil.

§ 1. Die Elemente der Willenserklärung . . . . . 1

§ 2. Das Verhältnis zwischen Wille und Erklärung in geschichtlicher Entwicklung . . . . . 5

II. Ausführender Teil.

I. Abschnitt.

**Die Voraussetzungen in den §§ 116 Satz 1, 116 Satz 2, 117 Abs. 1 und 118 BGB.**

§ 3. Die inneren Voraussetzungen der einzelnen Tatbestände.

a) Die Mentalreservation . . . . . 12

b) Die durchschaute Mentalreservation . . . . 38

c) Die Simulation . . . . . 30

d) Die nicht ernsthafte Willenserklärung . . . . 31

e) Vergleichende Zusammenfassung . . . . . 38

§ 4. Die Arten der Willenserklärungen in den §§ 116 Satz 1, 116 Satz 2, 117 Abs. 1 und 118 BGB. . . . . 40

II. Abschnitt.

**Die Wirkungen der §§ 116 Satz 1, 116 Satz 2, 117 Abs. 1, 118 BGB.**

A. Im allgemeinen.

§ 5. Geschichtliche Übersicht: Römisches, gemeines und preußisches Recht . . . . . 52

§ 6. Das BGB. . . . . 58

B. Im besonderen.

§ 7. Wer kann in den Fällen der §§ 116 Satz 2, 117 Abs. 1 und 118 BGB. die Nichtigkeit geltend machen?

Seite

a) Die Kontrahenten . . . . . 66

b) Dritte . . . . . 67

§ 8. Gegen wen kann in diesen Fällen die Nichtigkeit geltend gemacht werden?

a) Gegen die Mitkontrahenten und grundsätzlich auch gegen Dritte . . . . . 68

b) Ausnahmen:

aa) In allen drei Fällen . . . . . 70

bb) Im Falle des § 117 Abs. 1 infolge des § 405 BGB. . . . . 72

§ 9. Ausschluß der Nichtigkeit bei der Ehe . . . . . 73

§ 10. C. Die Beweislast . . . . . 75

# Literaturverzeichnis.


**Bähr,** Über Irrungen im Kontrahieren. In Jherings Jahrb. Bd. 14.

**Bekker,** System des heutigen Privatrechts. 1886/89.

**Brinz,** Pandekten. 1. Aufl.

**Cosack,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. 1900/01.

**Crome,** System des deutschen bürgerlichen Rechts. Allgem. Teil. 1900.

**Danz,** Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Jena 1897.

**Dernburg,** Pandekten. Bd. 1. 5. Aufl. 1896.

**Dernburg,** Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. 1. 1. Aufl. 1879.

**Dernburg,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1906.

**Eck-Leonhard,** Vorträge über das BGB. Bd. 1. 1900.

**Ehrlich,** Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin 1893.

**Eisele,** Über Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung. Jherings Jahrb. Bd. 25.

**Endemann,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl. 1903

**Endemann,** Handbuch des deutschen Handels-, Wechsel- und Seerechts. Bd. 2. 1882.

**Enneccerus,** Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1888/89.

**Enneccerus,** Das bürgerliche Recht Deutschlands. Bd. 1. 2. Aufl. 1901.

**Fischer-Henle,** Handkommentar zum BGB. 7. Aufl. 1906.

**Forrer,** Über Simulation und Mentalreservation. Nach römischem Recht. Berner Dissert. 1895.

**Gareis,** Der allgemeine Teil des BGB. 1900.

**Gierke,** Deutsches Privatrecht. Bd. 1. 1895.

**Grüber,** Die Willensmängel der Rechtsgeschäfte nach dem BGB. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 63.

**Hartmann,** Werk und Wille bei dem sogen. stillschweigenden Konsens. Im Archiv für zivilist. Praxis Bd. 72.

**Hartmann,** Wort und Wille im Rechtsverkehr. In Jherings Jahrb. Bd. 20.

**Hartmann, Arno,** Das simulierte Rechtsgeschäft. Erlanger Dissert. 1904.

**Hellmann,** Zur Lehre von der Willenserklärung nach dem bürgerlichen Rechte. In Jherings Jahrb. Bd. 42.

**Hölder,** Institutionen des römischen Rechts. 1893.

**Hölder,** Pandekten. Allgemeine Lehren. 1901.

**Hölder,** Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. 1900.

**Hölder,** Der allgemeine Teil des deutschen Zivilgesetzbuchs in 2. Lesung. Im Archiv für zivilist. Praxis Bd. 80.

**Isay,** Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem BGB. Jena 1899.

**Isay,** Zur Lehre von der Willenserklärung nach den BGB. In Jherings Jahrb. Bd. 42.

**Koch,** Allgemeines Landrecht. Bd. 1. 6. Ausgabe. 1874.

**Kohler,** Studien über Mentalreservation und Simulation. In Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 91ff. und S. 325ff.

**Kohler,** Über den Willen im Privatrecht. In Jherings Jahrb. Bd. 28.

**Lenel,** Parteiabsicht und Rechtserfolg. In Jherings Jahrb. Bd. 19.

**Leonhard, Rudolf,** Der allgemeine Teil des BGB. in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. 1900.

**Leonhard, Rudolf,** Der Irrtum bei nichtigen Rechtsgeschäften nach römischem Recht. 1882.

**Leonhard, Rudolf,** Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund im Entwurf eines BGB. Gutachten 1889.

**Leonhard, Franz,** Die Beweislast. Berlin 1904.

**Manigk,** Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte nach bürgerlichem Recht. 1900.

**Matthiaß,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. 1900.

Motive zum Entwurf eines BGB. Bd. 1.

**Pernice,** Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften.

**v. Pestalozza, Graf,** Der Begriff der Mentalreservation im Sinne des § 116 BGB. Würzburger Dissert. 1904.

**Piniński,** Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes. Bd. 2. 1888.

**Planck,** Kommentar zum BGB. Bd. 1. 3. Aufl. 1903.

Protokolle, 1. Lesung (geschrieben) und 2. Lesung.

**Regelsberger,** Pandekten. Bd. 1. 1893.

**Rehbein,** Kommentar zum BGB. Bd. 1. 1899.

**Sanchez,** opus morale in praecepta decalogi. 1723.

**v. Savigny,** System des heutigen römischen Rechts. Bd. 3. 1840.

**Scheiff,** Die Divergenz zwischen Wille und Willenserklärung. Bonner Dissert. 1899.

**v. Scheurl,** Was ist Mentalreservation? Im Archiv für zivilist. Praxis Bd. 78.

**v. Scheurl,** Das gemeine deutsche Eherecht. 1881.

**Schmidt,** Wille und Erklärung. Leipziger Dissert. 1901.

**Schwane,** Spezielle Moraltheologie.

**Sehling,** Die Ehescheidung Napoleons I. Zeitschrift für Kirchenrecht, neue Folge, Bd. 5. 1885.

**Sigwart,** Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache. 1879.

**Staudinger,** Kommentar zum BGB. Bd. 1. 1903.

**Vogel,** Mentalreservation und Simulation nach dem BGB. Erlanger Dissert. 1901.

**Windscheid,** Wille und Willenserklärung. 1878.

**Windscheid-Kipp,** Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

**Zitelmann,** Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil. 1900.

**Zitelmann,** Juristische Willenserklärungen. In Jherings Jahrb. Bd. 16.

**Zitelmann,** Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines BGB. 1889.

**Zitelmann,** Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543112_0009

# Grundlegender Teil.

## § 1.

## Die Elemente der Willenserklärung.

Der Begriff der Willenserklärung ist kein bloß juristischer. Auch außerhalb des Rechts kommt er vor. Die gewöhnliche Willenserklärung ist aber rein tatsächlicher Natur, die juristische rechtsgeschäftlicher Art. Das will besagen, daß sie auf Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen gerichtet ist.

Das eine wesentliche Element jeder Willenserklärung, also insbesondere auch der juristischen, ist, wie das Wort schon andeutet, der Wille. Es fragt sich: welcher Art ist dieser Wille?

Alles Wollen entspringt einem Unlustgefühl, das entweder durch Eindrücke der Außenwelt oder durch das Spiel innerer Vorstellungen geweckt wird. Das Streben, dieses Unlustgefühl zu beseitigen, durch Herbeiführung desjenigen von mir vorgestellten Erfolges, von dem ich Befriedigung erhoffe, nennt man den Willen. Der Wille ist also Erfolgswille, Projekt[1]) oder, wie Zitelmann ihn bezeichnet, „Absicht". Aber nur wenn diese Absicht auf einen Rechts-

[1]) Sigwart, Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache, Tübingen 1879. (Kleine Schriften S. 120).

effekt abzielt, ist sie für den Juristen interessant.[1]) Zunächst freilich noch nicht, denn die Absicht ist etwas rein Innerliches. Für die Rechtsordnung kann der Wille in diesem Stadium noch nicht in Betracht kommen. Cogitationis poenam nemo patitur (l. 18, D. de poenis 48, 19 Ulpian). Der Wille muß vielmehr einen Weg in die Außenwelt suchen, er muß sinnlich wahrnehmbar werden. Dies kann nur geschehen durch eine Handlung, die geeignet erscheint, meine Absicht zu realisieren. Diese Handlung als Ursache des Erfolges muß also zunächst gewollt sein, damit die Absicht sich in dem Erfolge verwirklicht. Außer der Absicht, dem mittelbaren Willen, ist also stets noch ein unmittelbarer, der Handlungs- oder Erklärungswille vorhanden. „Dieser Handlungswille erschöpft sich, indem er in der Handlung nach außen kommt.“[2]) Damit soll aber nicht gesagt sein, daß der Handlungswille als ein selbständiges psychologisches Phänomen auftritt. Er ist vielmehr von der Vorstellung des Erfolges abhängig und bildet mit ihr den psychologischen Gesamttatbestand, welcher der Entstehung einer Willenserklärung zugrunde liegt.[3]) Der Erfolgswille wirkt erst durch die Handlung, denn erst durch sie erlangt er die feste Gestalt, in der er für das Recht beachtlich ist.

Die Handlung ist in der Regel eine Körperbewegung, welche auf Verwirklichung eines Komplexes von Wahr-

---

[1]) Sogen. Vorstellungsmitteilungen gehören nicht zu den Willenserklärungen, weil ihre Rechtsfolgen ohne Rücksicht auf die Absicht eintreten. Vgl. z. B. § 299 BGB. Mentalreservation ist hier nicht möglich. Vgl. Wlassak, österr. Zentralbl. 20 S. 273 ff.

[2]) Zitelmann in Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 371.

[3]) vgl. Sigwart a. a. O. S. 138 ff.; a. A. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 72.

nehmungsobjekten gerichtet ist. Das wichtigste Erklärungsmittel ist natürlich die Sprache. Eine Willenserklärung kann aber auch im Unterlassen bestehen, wie dies §§ 496, 516, 568, 625, 151 BGB. bezeugen. Die Unterlassung ist alsdann die bewußte Reaktion auf das Verhalten eines andern, aus welcher ein bestimmter Wille von der Rechtsordnung erschlossen wird. Es liegt aber in diesen Fällen relevanten Schweigens keineswegs bloß die Fiktion von ausdrücklichen Willenserklärungen vor,[1]) vielmehr ist die bewußte Unterlassung der vom Gesetz in erster Linie erwarteten ausdrücklichen Willenserklärung gleichfalls als Erklärungshandlung anzusprechen. Denn wenn jemand in einer Situation, wo er zum Handeln verpflichtet ist, schweigt, obwohl er voraussieht oder voraussehen muß, daß sein Stillschweigen Rechtsfolgen nach sich zieht, so führt er die Änderung in der Rechtswelt bewußt herbei. Damit ist der Handlungsbegriff im Rechtssinne erfüllt. In psychologischer Hinsicht ist die Unterdrückung des der Absicht entgegengesetzten Handlungswillens dem Wollen der dem Erfolgswillen entsprechenden Erklärungshandlung gleichzusetzen.[2])

Neuerdings wird die Ansicht verfochten, daß die Willenserklärung nicht eine einzelne Handlung des Wollenden, sondern sein gesamtes für den Schluß auf den Willen in Betracht kommende Verhalten sei.[3]) Für das Bürgerliche Gesetzbuch stützt man sich auf § 133, welcher lautet: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille

---

[1]) So Schloßmann, Vertrag S. 48/49.

[2]) Sigwart a. a. O. S. 125 ff.

[3]) Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes S. 290; Isay, Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts S. 13; Danz, DJZ. 1906 S. 1282.

zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.“ Diese Bestimmung deutet jedoch m. E. schon durch die Gegenüberstellung von „Auslegung“ und „Willenserklärung“ an, daß sie die für die Auslegung in Betracht kommenden Momente nicht in die Willenserklärung einbezieht. Sie will lediglich die Auslegungsfähigkeit einer Handlung durch die begleitenden Umstände feststellen.[1]) Damit hört aber die Handlung nicht auf, die Willenserklärung zu sein, denn trotz ihres relativen Charakters bleibt sie das vom Erklärenden zunächst nur gewollte Erklärungsmittel. Es ist weiterhin zu beachten, daß bei einem formbedürftigen Rechtsgeschäft zweifellos nur die in die gesetzliche Form gefaßte Handlung als Willenserklärung anzusehen ist, obwohl auch hier ihre Auslegung durch die außerhalb des Formalaktes liegenden Umstände geboten ist.[2]) Daraus folgt, daß die der Auslegung dienenden Tatsachen nicht in den Erklärungsbegriff fallen.

Nach alledem können wir die Willenserklärung definieren als Äußerung der Erfolgsabsicht durch eine Handlung. Der Begriff der Willenserklärung enthält also drei Elemente: Die Absicht, den Handlungswillen und die Erklärungshandlung. Was die Wechselbeziehung dieser drei Elemente zueinander betrifft, so geht der Handlungswille in der Regel dahin, die Absicht durch die Handlung in die Erscheinung treten zu lasssen. Normalerweise wird dieses Ziel auch erreicht, d. h. Absicht und Erklärungsinhalt decken sich. Trotz der bezeichneten Willensrichtung kann aber der Erklärungsinhalt vom inneren Willensinhalt abweichen, sei es infolge Abirrung

[1]) So auch Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 52; Mot. I S. 155.

[2]) vgl. Seufferts Arch. Bd. 42 Nr. 188; Bolze Bd. 14 Nr. 273.

der Handlung, sei es dadurch, daß die innere Willensbildung durch falsche Vorstellungen beeinflußt ist. Diese Fälle gehören der Irrtumslehre an. Eine Divergenz zwischen geäußertem und innerem Willen kann indessen auch darauf beruhen, daß der Handlungswille nicht darauf gerichtet ist, den inneren Willen zu erklären, daß der Erklärende also bewußtermaßen etwas anderes als gewollt bezeichnet, als er in Wirklichkeit will. Die Hauptfälle solch beabsichtigter Diskrepanz zwischen Wille und Erklärung sind Mentalreservation, Simulation und Scherz, welche das BGB. in §§ 116 bis 118 behandelt.

## § 2.

## Das Verhältnis zwischen Wille und Erklärung in geschichtlicher Entwicklung.

Überall, wo ein Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung besteht, sieht sich das positive Recht vor die Frage gestellt, welchem von beiden Elementen es das Übergewicht beilegen soll. Dieses Problem des Verhältnisses zwischen Wille und Erklärung ist auf den verschiedenen Stufen der Rechtsentwicklung in verschiedener Weise gelöst worden.

Im Anfang galt das Wort bei den Römern sowohl wie bei den Germanen, denn jedes jugendliche Volk hält sich an das Sinnfällige, die Erklärung, und forscht nicht nach dem inneren unsichtbaren Willen. Es prägt sich Formen, die in typischer Weise bestimmte Gedanken offenbaren und läßt eine von der herkömmlichen abweichende Deutung nicht zu.[1] „Dem Deutschen ist das Wort das plastische Recht.“[2]

[1]) Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 1 S. 288.

[2]) Heusler, Deutsches PrivR. S. 60.

Nur was im Worte steckt, gilt. Nicht mehr und nicht weniger. Darum heißt es: „Worte haben Macht“ oder „wenn das Wort von der Zunge ist, ist der Mann gebunden“.[1]) Auch das römische Recht hebt an mit starrem Formalismus. „Uti lingua nuncupassit, ita ius esto,“ damit sanktionierte das Zwölftafelgesetz die Alleinherrschaft des Wortes. Typische Geschäftsformen waren auch in Rom üblich. Man denke an die mancipatio, sponsio u. a.

Mit aufsteigender Kultur schreitet das Recht fort vom Kultus des Worts zur Beachtung des Willens. Wo das Festhalten am Buchstaben der Erklärung der bona fides widerspräche, wird die quaestio voluntatis zugelassen. Dies ist der Standpunkt der klassischen römischen Juristen. Je nach Lage des Einzelfalles kehren sie das neue Prinzip mehr oder weniger hervor. Manchmal freilich sprechen sie stark generalisierend der voluntas alleinige Bedeutung zu. Aber ein einheitlich durchgebildetes Willensdogma darf den Quellen nicht unterstellt werden.

Um so mehr hat die gemeinrechtliche Doktrin aus den im corpus iuris civilis vorhandenen Ansätzen heraus den stolzen Bau einer Willenstheorie errichtet, die lange Zeit hindurch die Geister beherrschte, bis endlich eine Reaktion eintrat und der extremen Betonung des Willens gegenüber gebührende Beachtung der Erklärung forderte. Der Gegensatz der beiden Theorien wurzelt in der verschiedenen Bestimmung des Rechtsgeschäftsbegriffs durch die Vertreter der einen bezw. anderen Meinung. Zitelmann, ein Hauptvertreter der Willenstheorie, prägte den Satz: „Kein objektiv als beabsichtigt erklärter Rechtserfolg ohne Absicht.“[2]) Damit ist der Wille

[1]) Graf u. Diether, Deutsche Rechtssprichwörter 227, 260.

[2]) Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 396/97.

zum wirkenden Faktor im Privatrecht proklamiert. Ihm verleiht, wie man lehrt, die Rechtsordnung rechtsschöpferische Kraft. Man geht indessen nicht so weit zu behaupten, das Individuum müsse bei der autonomen Ordnung seiner Lebensverhältnisse alle Rechtsfolgen mit seinem Willen umschließen. Das widerspräche ja den Tatsachen des Lebens, wo die Absicht der Parteien meist eine rein empirische ist, und dem Umstande, daß neben den gewollten auch ungewollte Rechtsfolgen eintreten oder gar solche, die dem Erfolgswillen zuwiderlaufen. Man meint daher: es genügt, wenn die hauptsächlichsten Rechtsfolgen gewollt sind. Die Beabsichtigung der übrigen unterstellt das objektive Recht den Parteien. Das heißt nicht: die Rechtsordnung fingiert einen nicht vorhandenen Willen, sondern sie präsumiert nur denjenigen Willen, welcher typisch nach der Erfahrung des Lebens mit dem fraglichen Rechtsgeschäft verbunden zu sein pflegt.[1]) Dieser typische Geschäftsinhalt bildet aber nur dispositives Recht, d. h. er kann durch rechtsgeschäftliche Bestimmung ausgeschlossen oder geändert werden. Freilich gibt es nun aber mit Rücksicht auf die Zwecke der Allgemeinheit auch zwingendes Recht und damit Schranken der Privatautonomie. Diese kann der Parteiwille nicht überspringen, denn er wirkt in letzter Linie auch nur vi legis, d. h. durch Billigung der Rechtsordnung. Immerhin verbleibt ihm aber eine freie Sphäre, namentlich auf dem Gebiete des Obligationsrechts, worin er ungehindert walten kann. Bei solcher Hervorhebung des Willensmomentes fällt der Erklärung nur die Rolle eines Kommunikationsmittels zu, dessen der Erfolgswille, um Rechts-

[1]) s. vor allem Gierke a. a. O. § 33 S. 283: „Nur auf das Typische kommt es hier, wie überall in der Rechtsordnung an.“ Vgl. auch Regelsberger, Pand. I § 135 S. 489.

wirkungen hervorzubringen, zwar notwendig bedarf, das aber jedenfalls keine selbständige rechtserzeugende Wirksamkeit in sich trägt.

Das letztgenannte Moment bildet aber gerade den Angelpunkt der Erklärungstheorie. Ihr fundamentaler Gegensatz zur Willenstheorie besteht darin, daß sie dem Willen die Kausationsfähigkeit in der Rechtswelt abspricht. Nach ihr knüpft sich die Rechtsfolge nicht an den inneren Willen, sondern nur an äußere Tatbestände, ähnlich wie im Strafrecht die Strafe an deliktische Tatbestände.[1]) Diese Tatbestände kann der Mensch verwirklichen, wenn er will. Über ihre Rechtswirkungen entscheidet aber das objektive Recht in souveräner Weise. Also nur ein mittelbarer Zusammenhang zwischen Wille und Rechtsfolge wird anerkannt.[2]) Den Tatbeständen, die als Willenserklärung bezeichnet werden, ist eigentümlich, daß sie durch Handlungen bezw. Unterlassungen dargestellt werden, aus welchen ein bestimmter Wille erschlossen werden kann. Dieser erschließbare, in der Erklärung verkörperte Wille ist nach der Erklärungstheorie Tatbestandsmoment für den Eintritt der Rechtsfolge, nicht dagegen die innere Absicht. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Erklärungstheoretiker bei ihrer Bestimmung des Willenserklärungsbegriffs von jedem Willensmoment absehen. Statt der Absicht tritt der Erklärungswille bei ihnen in den Vordergrund.[3]) Bei einzelnen freilich erscheint der Erklärungswille nicht mehr in voller Reinheit. So hat er sich bei Piniński[4])

---

[1]) Piniński a. a. O. S. 281.

[2]) vgl. Kohler, Jherings Jahrb. 16 S. 331, 339; Thon, Rechtsnorm u. subjekt. Recht 1878 S. 359, 366.

[3]) So Bekker, System des heut. PrivR. II S. 74.

[4]) Piniński a. a. O. S. 392 ff.

abgeschwächt zu dem bloßen Bewußtsein, daß ein Verhalten ein gewisses Vorhaben zum Ausdruck bringe. Isay[1]) begnügt sich sogar damit, daß der Erklärende das Bewußtsein haben mußte, daß sein Verhalten einen Schluß auf einen bestimmten Willen ziehen lasse. Decken sich erkennbarer Willensausdruck und innere Absicht nicht, dann siegt nach der Erklärungstheorie der Erklärungsinhalt über die Absicht. Der rechtspolitische Gesichtspunkt, welcher der Erklärungstheorie zugrunde liegt, ist derjenige der Verkehrstreue: Der Erklärungsempfänger soll vor Enttäuschungen bewahrt bleiben.

Zwischen den beiden gegensätzlichen Theorien sind aber auch Mittelmeinungen aufgestellt worden, die man unter dem Namen Verkehrs- oder Vertrauenstheorien zusammenzufassen pflegt. Sie stehen grundsätzlich auf dem Boden des Willensdogmas, durchbrechen es aber, wo die bona fides und die Verkehrssicherheit es als geboten erscheinen lassen. So namentlich Hartmann,[2]) der die bona fides geradezu zu einem Rechtsprinzip erhebt. Nach ihm ist der innere Wille zwar die lebendige Kraft, welche Rechtswirkungen erzeugt, aber die Rechtsordnung geht auf diesen Willen nur insoweit zurück, als er übereinstimmt mit dem, was ein bonus vir unter Berücksichtigung aller in Betracht kommender Interessen gewollt haben würde.[3]) Er setzt also an die Stelle des konkreten Individualwillens den abstrakten Idealwillen.

Der Kampf der Meinungen ist bis heute noch nicht ent-

---

[1]) Isay a. a. O. S. 26.

[2]) Jherings Jahrb. Bd. 20 S. 75ff; ähnlich Leonhard, Der Irrtum usw., der das Willensdogma nur einschränkt, nicht unbedingt ablehnt.

[3]) Ähnlich Eisele in Jherings Jahrb. Bd. 25 S. 414.

schieden. Dem preuß. allgem. Landrecht liegt das uneingeschränke Willensprinzip zugrunde. Dies ergibt sich aus ALR. Teil 1 Tit. 4 § 1 ff. und wurde von dem Verfasser des großen Gesetzbuchs selbst insbesondere für die Irrtumslehre anerkannt.[1]) Auf dem gleichen Standpunkt steht das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch (vgl. §§ 91, 95, 843, 844) und der code civil art. 1109. Das österr. Gesetzbuch hingegen erkennt im Falle des unentschuldbaren und unerkennbaren Irrtums die Gültigkeit obligatorischer Verträge an.[2]) Über die Stellung des Entw. 1 eines BGB. für das Deutsche Reich lassen wir die Motive am besten selber reden: „Der Entwurf folgt dem Willensdogma, durchbricht es aber in verschiedenen Richtungen. Die Mannigfaltigkeit der einschlagenden Fälle gestattet in der letzteren Hinsicht keine einheitliche Gestaltung. Im allgemeinen ist festgehalten, daß der Erklärende zu seiner Erklärung stehen muß, soweit das Verkehrsinteresse dafür spricht und das Verhalten des Erklärenden ein solches ist, daß man sagen kann, es geschehe ihm nicht zu viel, wenn er beim Worte genommen werde.“ Wegen der Anfechtung, welche der Entw. 1 von seiten der Kritik, insbesondere von Leonhard[3]), in Ansehung der Irrtumsbehandlung erfahren hatte, hat die 2. Kommission jeden prinzipiellen Standpunkt vermieden. Sie suchte die einzelnen in Betracht kommenden Fälle möglichst praktisch zu lösen. Das Ergebnis war eine

---

[1]) In den Materialien heißt es: „Der Satz ‚error qui evitari potuit ac debuit erranti nocet‘ ist richtig, es folgt aber daraus nicht, daß der Kontrakt selbst, wozu jemand durch einen solchen Irrtum verleitet ist gültig sei.“

[2]) vgl. Unger, Österr. PrivR. Bd. 2 S. 123.

[3]) Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund, ein Gutachten 1889.

Art Vermittlungstheorie.[1]) Drei Gruppen von Fällen werden in verschiedener Weise behandelt:

1. Die Erklärungstheorie ist adoptiert für die Mentalreservation (§ 116 Satz 1 BGB.) und für die Fälle des unwesentlichen Irrtums.

2. Beim wesentlichen Irrtum läßt das Gesetz das Geschäft zunächst wirksam sein, gewährt aber den Irrenden ein Anfechtungsrecht (§ 119 BGB.).

3. Die Willenstheorie ist jedenfalls formell anerkannt in §§ 116, Satz 2, 117 Abs. 1 und 118 BGB.

Den Gegenstand unserer Betrachtung bilden die Fälle des bewußten Willensmangels (§§ 116 Satz 1, 116 Satz 2, 117 Abs. 1 und 118 BGB.). Es soll versucht werden, diese Tatbestände nach Voraussetzungen und Wirkungen unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung darzustellen und zu vergleichen.

---

[1]) Prot. I S. 197; Denkschr. S. 20; vgl. auch Planck Bd. 1 S. 166; Matthiaß I S. 207; Leonhard, Der allgem. Teil des BGB. S. 466 a. A. Cosack, Lehrbuch Bd. 1 S. 204.

# Ausführender Teil.

## 1. Abschnitt.

## Die Voraussetzungen in den §§ 116, Satz 1, 116, Satz 2, 117 Abs. 1, 118 BGB.

### § 3.

### Die inneren Voraussetzungen der einzelnen Tatbestände.

#### a) Die Mentalreservation.

Der Begriff der Mentalreservation hat seine Vorläufer in der katholischen Moraltheologie, und zwar in der Lehre von der Lüge. Die Tugend der Wahrhaftigkeit verpflichtet nach den Grundsätzen der katholischen Moral negativ zur Unterlassung der unwahren Aussage und positiv zur Mitteilung der Wahrheit.

Das Verbot der Lüge ist seit Augustin[1]) uneingeschränkt und unbedingt anerkannt. Die positive Pflicht zur Wahrheitsmitteilung dagegen ist keine absolute. Die Vorenthaltung der Wahrheit gilt als erlaubt, wo einerseits eine besondere Pflicht zur Kundgebung der Wahrheit nicht besteht, und andererseits ein dringender Grund zur Verheimlichung der Wahrheit (Wahrung des Beicht-, Amts-, Berufsgeheimnisses

[1]) Seit Augustins Schriften de mendacio und contra mendacium.

usw.) vorliegt.[1]) Um in diesen Fällen die Vorenthaltung der Wahrheit zu ermöglichen, hat die katholische Theologie Auswege zugelassen, welche zwar das Gebiet der Lüge vermeiden, aber doch die Verheimlichung der Wahrheit und damit die Täuschung des Erklärungsempfängers bezwecken. Es sind dies die Mittel der Amphilogie und restriotiones mentales.

Die Amphilogie besteht darin, daß der Redende einen Ausdruck gebraucht, welcher in sich einen Doppelsinn enthält, der aber nur in einer von den möglichen Bedeutungen die Wahrheit wiedergibt.[2])

Unter den restrictiones mentales unterscheidet man die restrictio late mentalis oder den äußeren Vorbehalt und die restrictio pure mentalis oder den inneren Vorbehalt. Die restrictio late mentalis liegt dann vor, wenn der Redende zur Äußerung seines Gedankens Worte wählt, die, ohne an sich doppelsinnig zu sein, den Gedanken nicht ganz wiedergeben, die aber durch das Verhalten des Sprechers oder durch die begleitenden Nebenumstände zweideutig werden und so

---

[1]) vgl. Sanchez, opus morale lib. III c. 6 n. 16.

[2]) Die alten Moraltheologen erklären die Amphilogie schlechthin für erlaubt, so insbesondere Sanchez a. a. O. c. 6 n. 13. Die spätere Theologie schränkte jedoch ihre Erlaubtheit wesentlich ein. Dies ergibt die im Dekret Innozenz' IX. vom 2. 3. 1679 enthaltene Verwerfung des Satzes: causa iusta utendi his amphibologiis est, quotiens id necessarium aut utile est ad salutem corporis, honorem, res familiares tuendas vel ad quemlibet alium virtutis actum ita ut occultatio veritatis censeatur tunc expediens et studiosa. Die heutige Lehre gestattet die aequivocatio nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes und bei Vermeidung der Lüge. Vgl. Schwane, Spezielle Moraltheologie S. 209 ff.; Lehmkuhl in Wetzer & Weltes Kirchenlexikon Bd. 10 S. 1085.

die innere Einschränkung erraten lassen.[1]) Sanchez gibt im opus morale lib. 3 c. 6 n. 16 folgendes Beispiel: si quis aliquem quaerens interrogat me, an illum viderim, vere respondeo, me illum non vidisse, si ita proxime non viderim, ut possim de illo rationem reddere, ut a quaerenti inveniatur. Quippe ea universalis negatio: „non vidi" ex interrogantis fine restringitur, ut intelligatur deproxima visione. Hier gibt der Redende seiner Erklärung einen restringierten Sinn, der aber für den Hörer durch die Art seiner Fragestellung erfaßbar ist. Der Grad der Erkennbarkeit der in den äußeren Umständen begründeten Einschränkung des Erklärungsinhaltes ist in den einzelnen Fällen natürlich verschieden. Die neuere katholische Lehre stellt den Grundsatz auf, daß je weniger der Vorbehalt in die Erscheinung trete, um so wichtigere Gründe für seine Anwendung vorliegen müssen.[2])

Bei der restrictio pure mentalis ergibt sich der eingeschränkte Sinn, den der Redende seiner Erklärung unterstellt, lediglich aus dem verschwiegenen Zusatz, den er in seiner Seele sich vorbehält.[3]) Die Aussage ist nur bei Berücksichtigung dieses Vorbehalts wahr.[4]) Die Zulässigkeit derartiger geheimer Vorbehalte ist von den älteren Mora-

---

[1]) Bei Sanchez op. mor. l. 3 c. 6 n. 14 lautet die Definition: possunt quoque absque mendacio usurpari etsi verba ex sua significatione ambigua non sint nec eum sensum habeant, si revera attentis circumstantiis loci, temporis et personae ac modi interrogandi verba eum sensum faciant iuxta interrogantis intentionem quam respondens concipit.

[2]) Wetzer u. Weltes Kirchenlexikon Bd. 10 S. 1087.

[3]) vgl. Sanchez a. a. O. n. 15: dummodo restrictio concepta mente sit proportionata verbis ita ut illis adjuncta verum ac congruum sensum efficiat, quo apta responsio resultaret.

[4]) vgl. das Beispiel bei Sanchez a. a. O. n. 15.

listen zuweilen bejaht worden. Nach heutiger Lehre wird die restrictio pure mentalis der Lüge gleichgestellt.[1])

Der Grundgedanke der moraltheologischen Fälle der Amphilogie und restrictiones mentales liegt in der Täuschung des Nebenmenschen durch Abgabe einer Erklärung, deren Inhalt sich mit der Überzeugung des Sprechenden nicht völlig oder gar nicht deckt. Hieran knüpft die gemeinrechtliche Lehre von der Mentalreservation an. Die gemeinrechtliche Wissenschaft hat sich aber nicht begnügt, einzelne Fälle der Divergenz zwischen Wille und Erklärung zu untersuchen und den Einfluß des Willensmangels festzustellen, sondern sie hat einen allgemeinen Rechtsbegriff der Mentalreservation formuliert. Darnach besteht das Wesen der Mentalreservation darin, daß der Erklärende etwas, was nicht gewollt ist, als gewollt bezeichnet, um denjenigen, an den die Willenserklärung gerichtet ist, zu täuschen.[2]) Der Erklärende will den Inhalt seiner Erklärung nicht, während er die Erklärungshandlung, d. h. die Vorstellung des Erklärungsinhalts, will. Es liegt, wie Kohler bemerkt,[3]) ein zweizüngiges Wollen vor, das nach Außen und nach Innen spricht. Worin das Charakteristische des Widerspruchs zwischen dem erklärten und wirklichen Willen zu finden ist, darüber gehen die Äußerungen der Schriftsteller

---

[1]) Sanchez op. mor. a. a. O. n. 16 läßt sie noch zu (At nos, qui censemus, in nullis verbis esse mendacium, si ex addito mente retento vera efficiantur usw.), fügt aber hinzu, daß schon zu seiner Zeit abweichende Meinungen vertreten wurden. Innozenz IX. hat sie im Dekret vom 2. 3. 1679 verworfen. Für die heutige Lehre vgl. Martin, Lehrb. d. kathol. Moral § 218; Lehmkuhl in Wetzer u. Weltes Kirchenlexikon Bd. 10 S. 1083.

[2]) Windscheid Bd. 1 § 75 n. 1. c.

[3]) Jherings Jahrb. 28 S. 172.

allerdings auseinander. Es handelt sich hierbei aber mehr um formelle, als um sachliche Unterschiede. Die einen betonen „den Mangel des Rechtsfolgewillens“ in dem Sinne, daß der Eintritt der in der Erklärung bezeichneten Rechtswirkungen nicht gewollt sei.[1]) Andere legen den Hauptwert auf den Mangel des „Verpflichtungswillens“.[2]) Es ist ersichtlich, daß beide Meinungen im Ergebnis auf dasselbe hinauslaufen, denn das Nichtwollen der Rechtswirkungen involviert in den Fällen, wo die Willenserklärung eine Verpflichtung enthält, das Nichtwollen der Verpflichtung.

Den eben erörterten gemeinrechtlichen Begriff der Mentalreservation verwarf von Scheurl in seiner Abhandlung „über die Mentalreservation“,[3]) weil er ein psychologisch unmögliches Verhalten des Erklärenden voraussetze. Scheurl hält es für undenkbar, daß jemand bei der an einen anderen mit vollem Bewußtsein ihres Inhalts abgegebenen Willenserklärung den entgegengesetzten inneren Willen habe und festhalte, denn dieser Wille werde tatsächlich in dem Augenblicke aufgegeben, wo der Erklärende die Erklärung abgebe, die für ernstlich gehalten werden solle. Ein wirklicher beharrlicher Wille, es solle jemand auf eine bestimmte Leistung einen Anspruch nicht machen können, vertrage sich nicht mit der bewußten Veranlassung zur Erhebung dieses Anspruchs.

Diese Widerlegung ist jedoch nicht schlüssig. Zunächst hält Scheurl zwei Elemente der Willenserklärung, nämlich die Absicht und den Handlungswillen, nicht hinreichend aus-

---

[1]) So Windscheid, Wille und Willenserkl. S. 28; Piniński, Sachbesitzerwerb S. 401; Danz, Auslegung S. 140.

[2]) So Regelsberger, Pand. I S. 516; Kohler in Jherings Jahrb. 16 S. 95.

[3]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 343.

einander. Der Handlungswille besteht neben der Absicht und kann sehr wohl darauf gerichtet sein, eine der Absicht entgegengesetzte Erklärung hervorzubringen. Es ist deshalb psychologisch unrichtig, daß durch die Erklärung eines Versprechens der diesem Versprechen entgegengesetzte Wille aufgegeben wird. Die „Absicht" bleibt vielmehr hinter der Erklärung weiter bestehen. Es ist aber auch weiterhin nicht zuzugeben, daß die Erklärung als bewußte Veranlassung des gegnerischen Anspruchs den inneren Willen aufhebe und außer Kraft setze, denn der Erklärende bezweckt mit seiner Erklärung ja nur, daß die Gegenpartei sich auf Grund derselben für berechtigt halten soll, nicht aber daß sie hierdurch berechtigt sein soll. Im Sinne des Erklärenden ändert also die Erklärung nichts an seiner Absicht.

Der herrschenden gemeinrechtlichen Definition der Mentalreservation stellte Scheurl den angeblich ursprünglichen und nach seiner Ansicht brauchbareren Begriff der Mentalreservation gegenüber, den er folgender Maßen umschrieb: „Die Mentalreservation ist der Vorbehalt mit einer Äußerung, die demjenigen, an welchen sie gerichtet wird, als eine Willenserklärung erscheint und auch nach Absicht ihres Urhebers erscheinen soll, heimlich einen Willen zu verbinden, vermöge dessen sie nicht die Willenserklärung ist, welche sie zu sein scheint. Das notwendige Mittel der Mentalreservation nach diesem Begriff ist zweideutige Fassung der Äußerung, Vermeidung einer Erklärung, die ihrem Wortlaute nach nur als die von dem Empfänger erwartete und gewünschte Willenserklärung verstanden werden könnte, oder eine sonstige heimliche Veranstaltung, vermöge deren die Äußerung einen Sinn haben kann, welcher dem von dem Angeredeten darin gefundenen entgegengesetzt ist." Diese Begriffsbestimmung

stellt, wie man sieht, nur eine Kombination der aequivocatio und restrictio late mentalis der moraltheologischen Lehre dar. Daß sie brauchbarer ist als die gemeinrechtliche, muß bestritten werden. Denn wenn auch Scheurl für die Mentalreservation stets eine zweideutige Fassung der Erklärung fordert, so besteht doch zwischen der Absicht des Erklärenden und der ihm unerwünschten Auslegung der Erklärung dasselbe Verhältnis wie es bei der gemeinrechtlichen Mentalreservation nach Scheurls Auffassung schlechthin vorhanden sein soll. Insoweit nämlich der Erklärende einen Erklärungstatbestand verwirklicht, der neben seiner Absicht auch einen dieser entgegengesetzten und nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und der Verkehrsanschauung maßgebenden Sinn ergibt, müßte Scheurls Argument zutreffen, daß die bewußte Veranlassung einer solchen Auslegungsmöglichkeit die Negation der inneren Absicht bedeute.

Scheurls Begriffsbestimmung wird aber auch durch die von ihm als Hauptbeleg angeführte Stelle C. 26 X de sponsalibus 4,1 nicht gestützt. Scheurl geht davon aus, daß die Worte: „Johannes te desponsat“ eine Zweideutigkeit enthalten, insofern sie nicht nur bedeuten können, daß der Sprecher selbst, sondern auch, daß ein Dritter Namens Johannes die Ehe verspricht. Diese Zweideutigkeit ist allerdings für den Pseudojohannes selbst vorhanden, vom Standpunkt des Mädchens aber, daß den wahren Namen des Redenden nicht kannte und kennen konnte, ist die Erklärung nur so zu verstehen, daß der Sprecher selbst sie heiraten wolle. Da nun für die Auslegung einer Willenserklärung nur die Umstände berücksichtigt werden dürfen, die dem Erklärungsempfänger bekannt oder erkennbar waren, so liegt m. E. die von Scheurl vorausgesetzte zweideutige Fassung nicht vor.

Der Papst lehnt auch in seiner Entscheidung die Erheblichkeit der durch die Annahme des falschen Namens bewirkten Zweideutigkeit ausdrücklich ab, denn er sagt, daß die erfolgte Erklärung trotz des falschen Namens an sich als Eheeinwilligungserklärung auszulegen sei (et alieno nomine, quo tunc vocari se finxit . . . videtur forte pro coniugio praesumendum).[1])

Die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches haben lediglich den von der gemeinrechtlichen Lehre aufgestellten Begriff der Mentalreservation festhalten wollen. Die Motive zu dem Vorentwurf des allgemeinen Teils (Gebhard), sowie die Beratungsprotokolle der 1. Kommission sind völlig beherrscht von der Vorstellung, daß das Wesen der Mentalreservation in der bewußten Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung liege.[2]) Der Entw. 1 § 95 gab dieser Vorstellung auch einen bestimmten Ausdruck: „Ist der Urheber einer Willenserklärung, bei welcher der wirkliche Wille mit dem erklärten nicht übereinstimmt, des Mangels der Übereinstimmung sich bewußt, so ist die Willenserklärung gültig, sofern der Urheber den Mangel verhehlt hat.“ In der 2. Lesung hat § 95 des Entw. 1 folgende Fassung erhalten:

---

[1]) Was die Auslegung der Stelle selbst anlangt, so möchte ich meine Ansicht dahin präzisieren: Der Papst will den Rechtssatz aussprechen, daß die Ehe ohne erklärten Ehekonsens nicht zustande gekommen sei. Er nimmt nicht nur an, daß der innere Eheschließungswille (nec proposuit) gefehlt habe, sondern er unterstellt auch (quod qualiter tibi constiterit non videmus), daß trotz der gesprochenen Worte: „Johannes te desponsat“ der Willensmangel in die Erscheinung getreten ist (nec consensit). Die im Gebrauch des falschen Namens liegende Mentalreservation erklärt er für unerheblich.

[2]) vgl. die geschriebenen Prot. 1. Lesung S. 172.

„Eine Willenserklärung ist gültig, auch wenn der Erklärende sich insgeheim vorbehalten hat, das Erklärte nicht zu wollen“ (§ 91). Daß mit dieser Formulierung keine sachliche Änderung beabsichtigt war, ergibt die Bemerkung der Protokolle der Kommission für die 2. Lesung, „daß die Kommission beschlossen habe, den Entw. 1 seinem sachlichen Inhalt nach anzunehmen“. Die Fassung des Gesetzes weicht von der des Entw. 2 nur ganz unerheblich ab.

In Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte muß man sonach auch für das Bürgerliche Gesetzbuch eine Mentalreservation dann für vorliegend erachten, wenn bei Abgabe einer Willenserklärung der Urheber der Erklärung den verborgenen Vorsatz hegt, den rechtlich bedeutsamen Inhalt seiner Erklärung nicht zu wollen. Erforderlich ist also stets, daß Erklärungs- und Willensinhalt sich widersprechen. Dies wird vielfach übersehen. Leonhard[1]) bestimmt die Mentalreservation als den „verborgenen Vorsatz, einen erklärten Geschäftsinhalt, insoweit er lästig ist, nicht ausführen zu wollen.“ Dagegen ist einzuwenden:

1. Der Entschluß, einen erklärten Geschäftsinhalt, soweit er lästig ist, nicht ausführen zu wollen, ist schon deswegen rechtlich belanglos, weil sich niemand durch bloßes Nichtwollen dem Rechtszwange entziehen kann. Aufgabe des Rechtsschutzes ist es gerade, solchen Widerwillen zu beugen. Eine besondere Norm über die Irrelevanz der Mentalreservation wäre daher, wenn Leonhards Begriffsbestimmung zuträfe, überflüssig gewesen. Daß das Gesetz aber doch noch speziell den geheimen Vorbehalt für unwirksam erklärt, weist also darauf hin, daß Leonhards Definition nicht richtig ist. Der Fehler scheint mir eben darin zu liegen, daß er im Nicht-

[1]) Allgem. Teil S. 467.

wollen der Ausführung statt im Nichtwollen des Inhalts der Erklärung das Wesen der Mentalreservation erblickt. Ein Beispiel: Wenn ich mir eine Wohnung miete und von vornherein entschlossen bin, keinen Mietzins zu zahlen, so liegt eine Mentalreservation noch nicht vor. Das ist namentlich für § 116 Satz 2 von Bedeutung. Weiß nämlich der Hauswirt um meine Absicht, so kann er mir doch vermieten und sich gegebenenfalls aus meinen eingebrachten Sachen befriedigen. Nach Leonhard darf er von seinem Pfandrecht keinen Gebrauch machen. Er hätte nicht vermieten sollen! Ebensowenig liegt in dem von Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 1 S. 425, gebrachten Beispiele von dem leichtfertigen Burschen, welcher dem von ihm verführten Mädchen 1000 Mk. als Abfindung versprach, zu seinem Freunde aber äußerte, daß er wohl versprechen, aber nicht halten werde, eine Mentalreservation vor, da der Erklärende sich nur der bewußtermaßen übernommenen Rechtspflicht entziehen will. Das gleiche gilt von dem viel erörterten Zechprellerfall.[1])

2. Bei allen Willenserklärungen, deren Ausführung schon in der Erklärung selbst liegt, wie z. B. beim abstrakten Schuldanerkenntnis oder bei der Einigung, wäre nach Leonhard eine Mentalreservation überhaupt nicht denkbar.[2])[3])

---

[1]) So auch Kipp in Windscheid, Pand. I S. 382; anders Dernburg Bd. 1 § 141 Anm. 5.

[2]) vgl. RG. in JurW. 1903 S. 21 (Beilage), wo der Beklagte das gemäß § 481 BGB. seinem Bruder gegenüber abgegebene Schuldanerkenntnis durch den Einwand zu entkräften sucht, er habe das Anerkenntnis ohne nähere Prüfung der Richtigkeit der ihm zugesandten Berechnung abgegeben, um den damals angeblich leidenden Bruder zu beruhigen.

[3]) Leonhard als Referent bittet hierzu zu bemerken, daß nach seiner Meinung in der Abgabe eines Anerkenntnisses oder einer Einigung eine „Ausführung“ dieser Geschäfte nicht liegt.

3. Die Beschränkung des Begriffs der Mentalreservation auf die Fälle eines für den Erklärenden ungünstigen Inhalts der Erklärung scheint mir auch unhaltbar zu sein. Es gibt doch auch eine wohlwollende Mentalreservation.[1])

Einen Tadel gegen die Fassung des Gesetzes scheint mir aber insoweit gerechtfertigt zu sein, als man den Ausdruck „Vorbehalt" sprachlich unglücklich nennen kann, denn ein Vorbehalt kann sich nur auf ein zukünftiges Tun oder Lassen beziehen. Bei der Mentralreservation bezieht er sich aber auf etwas gegenwärtiges, nämlich auf den Inhalt der gegenwärtigen Erklärung.

Hält man an dem soeben festgestellten Begriff des geheimen Vorbehalts fest, so wird man auch die Polemik, welche Hölder gegen § 116 BGB. in Anknüpfung an einen Fall der wohlwollenden Mentalreservation richtet, als unstichhaltig zurückweisen müssen. Hölder führt folgenden Fall an: Ich will einem Freunde eine Summe schenken, gebe sie aber, weil er sie als Geschenk nicht annehmen würde, als Darlehen, mit dem Entschlusse, in Wirklichkeit das gegebene Geld nie wieder haben zu wollen. Nach diesem Tatbestand bezieht sich der Vorbehalt nicht darauf, das Darlehen nicht zu wollen, sondern darauf, das Rückforderungsrecht aus dem Darlehen nicht ausüben zu wollen. Dieser innere Verzicht auf die Ausübung eines Rechts ist ebensowenig ein geheimer Vorbehalt im technischen Sinne, wie der bereits behandelte Entschluß, eine übernommene Verpflichtung nicht zu erfüllen.

Den hervorgehobenen Zwiespalt zwischen dem inneren

---

[1]) vgl. Leonhard selbst a. a. O. S. 468. Beispiel s. im übernächsten Absatz.

und dem geäußerten Willen hat man vielfach, namentlich schon in der gemeinrechtlichen Literatur bei der Mentalreservation hinweggeleugnet, bezw. für belanglos erklärt. Man hat nachzuweisen versucht, daß bei der Mentalreservation die Erklärungshandlung den wirklichen Willen wiedergebe. Hölder und Kohler bewegen sich bezüglich dieser Frage in den gleichen Bahnen.[1]) Beide nehmen einen besonders gearteten Willen an, der für die Rechtsordnung allein beachtlich sein soll. Es ist dies nach Kohler der „Grundwille", das ist der Wille, durch eine Handlung in dem Gegenüberstehenden den Eindruck hervorzurufen, daß man einen bestimmten Willen habe. Kohler meint nun bezüglich der Mentalreservation: „Es ist unmöglich, daß eine Willensaktion sich bewußtermaßen widerspricht." Das ist richtig, aber doch nur insoweit, als es sich um die eine auf den „Geisteseffekt" gerichtete Willensaktion handelt.[2]) Daß neben dieser ein zweiter wahrer, den Inhalt des Geisteseffektes negierender Wille bestehen kann, ist nicht ausgeschlossen. Darum hätte Kohler, um durchzudringen, beweisen müssen, daß jener zweite Wille irrelevant sei. Diesen Beweis ist er aber schuldig geblieben. Hölder formuliert seine Auffassung neuerdings in seinem Kommentar zu § 116 S. 253 so: „Die Vollziehung der Willenserklärung erhebt ihren Inhalt zu einem solchen, der nach der Bestimmung ihres Urhebers die Geltung eines von ihm gewollten hat". Man sieht ein, daß Hölder ein Moment schärfer als Kohler hervorhebt, obwohl dieser

[1]) Hölder, Inst. S. 77; Kohler, Jherings Jahrb. 16 S. 336; gegen Kohler vgl. Pernice, Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 25 S. 86ff.

[2]) vgl. auch Kohlers Widerlegung durch Windscheid, Wille u. Willenserklärung S. 28/29 u. Zitelmann, Jherings Jahrb. 16 S. 381 u. Irrtum u. Rechtsgesch. S. 255.

es sicher auch in seinem Grundwillen mitumschlossen wissen wollte. Ich meine die Betonung des Umstandes, daß der geäußerte Willensinhalt nach der Bestimmung des Erklärenden gelten soll. Dieser Geltungswille, der auch neuerdings wieder von Leonhard[1]) zur Konstruktion der Mentalreservation verwendet wird, soll das ausschlaggebende sein. Gegen die Konstruktion des Geltungswillens läßt sich indessen einwenden: Käme es allein auf ihn an, so dürfte seine Wirksamkeit auch dadurch nicht gehemmt werden, daß zufällig der Gegenüberstehende von einem abweichenden inneren Willen Kenntnis hat. Nun legt aber das Gesetz in § 116 Satz 2 letzterem Umstande doch Bedeutung bei. Mithin ist jedenfalls vom Standpunkt des heutigen Rechts auch der Innenwille rechtlich relevant.[2])

Danach halten wir daran fest, daß beim geheimen Vorbehalt der wirkliche Wille nicht erklärt ist, daß vielmehr eine beabsichtigte Divergenz zwischen Wille und Erklärung vorhanden ist. Das psychologische Verhältnis der Absicht zur Erklärung ist in der Regel derart, daß die Absicht der Erklärung absolut widerspricht. Wesentlich bleibt dabei, daß der Erklärende schon bei Abgabe seiner Erklärung den divergenten Willen hegt. Ist er sich über seinen Innenwillen nicht klar, oder will er sich seinen Entschluß vorbehalten, so besteht die Divergenz nicht. Es kommt aber auch häufig vor, daß der Erklärende die Erklärung zweideutig faßt oder ein Verhalten beobachtet, das eine verschiedene Auslegung der Erklärung zuläßt. Er tut dies, um im Streitfalle sich

---

[1]) Allgem. Teil S. 463.

[2]) Allein konsequent von seinem Standpunkt aus Piniński a. a. O. S. 399.

hinter die ihm günstige Auslegung zu verschanzen.[1]) Auch in diesen Fällen liegt eine Mentalreservation vor, insofern wenigstens zwischen der Absicht des Erklärenden und der einen Auslegungsmöglichkeit ein Widerspruch herrscht. Wählt der Erklärungsempfänger die dem Urheber der Erklärung unerwünschte Auslegung, und ist er nach der Verkehrsanschauung (§ 157 BGB.) hierzu befugt, so kommt der innere Wille des Erklärenden nicht in Betracht.

Eine interessante Variation der Mentalreservation bilden diejenigen Fälle, wo jemand ein ihm unliebsames Rechtsgeschäft aus irgend welchen Rücksichten zum Schein vornimmt, im stillen aber hofft, der andere Kontrahent werde nicht darauf eingehen. Beispiel: Ein reicher Geizhals zeigt seine prächtige Gemäldesammlung einem talentvollen Jünger der Kunst und schenkt ihm, um sich als Mäcen aufzuspielen, einen echten Rembrandt. Er spekuliert auf die Bescheidenheit des Malers und hofft, daß er das große Geschenk dankend ablehnen werde. Hier hat der Geizhals die Schenkung durchaus nicht gewollt, vielmehr nur den Schein einer solchen vorgegaukelt. Er erwartet auch nicht etwa, daß der Mangel der Ernstlichkeit nicht werde verkannt werden, sondern er will, daß seine Erklärung an sich ernst genommen werde. § 118 BGB. trifft deshalb nicht zu, sondern § 116 BGB.

Es genügt aber nicht, daß die Divergenz zwischen Wille und Erklärung beabsichtigt ist. Der Vorbehalt muß „insgeheim“ gemacht sein. Dies ist der Fall, wenn der Erklärende dem Geschäftsgenossen seinen Willensmangel wissentlich verschweigt. Die an einer Willenserklärung beteiligten Personen haben ein Interesse daran, den Willen des Er-

[1]) vgl. Seufferts Arch., neue Folge, Bd. 22 S. 393.

klärungsurhebers zu erfahren. Wer trotz dieses Interesses seinen Willen nicht verrät, verheimlicht den Vorbehalt. Die unterlassene Aufklärung enthält eine Täuschung des Gegners und in der Regel auch Dritter. Zur Hervorbringung dieser Täuschung sind besondere Veranstaltungen nicht notwendig. Bewußtes Schweigen ist ausreichend, aber auch erforderlich. Die Absicht, den Erklärungsempfänger in einen Irrtum zu versetzen, ist allein wesentlich. So begreiflicherweise schon die gemeinrechtliche Lehre, die um ihr Willensdogma zu retten, die Haftung des Erklärenden bei der Mentalreservation auf dolus zurückführte.[1]) Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Täuschung gelingt.[2]) Die ohne Wissen und Willen des Erklärenden erlangte Kenntnis von dessen Vorbehalt schließt den Begriff der Verheimlichung nicht aus. Es schadet auch nichts, daß der Erklärende Dritten gegenüber, die am Geschäft nicht beteiligt sind, den Vorbehalt mitteilt.

Ein Unterfall des geheimen Vorbehalts ist der böse Scherz, d. h. die scherzweise, aber mit der Absicht abgegebene Willenserklärung, es solle die Scherzhaftigkeit von der Gegenpartei nicht erkannt werden (Mot. S. 191).

Der den vorstehenden Ausführungen zugrunde gelegte Begriff der Mentalreservation ist neuerdings in einer Schrift von Pestalozza über den „Begriff der Mentalreservation im Sinne des § 116 BGB.“[3]) scharf bekämpft worden. Pestalozza leugnet, daß das Wesen der Mentalreservation in der bewußten

---

[1]) Windscheid, Wille u. Willenserklärung S. 30; anders freilich Dernburg, Pand. § 99 Anm. 8.

[2]) Anders Hölder zum Entw. des BGB., Arch. f. ziv. Prax. Bd. 73 S. 93.

[3]) München 1904 in Schweizers Verlag erschienen (auch als Würzburger Diss. 1904).

Divergenz zwischen Wille und Erklärung bestehe. Er findet, indem er von dem Wortlaute des § 116 BGB. ausgeht, das Charakteristische des geheimen Vorbehalts in dem Willen des Erklärenden, sich das Recht zu erhalten, das jetzt als gewollt Erklärte beliebig später nicht zu wollen. Er umschreibt den Wortlaut des § 116 Satz 1 BGB. wie folgt: „Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende bei Abgabe der Erklärung durch einen bloßen Willensakt sich das Recht zu erhalten sucht, das, was er jetzt als gewollt erklärt, beliebig später nicht zu wollen, dabei aber dem Interessenten diesen Vorbehalt verschweigt, um ihn glauben zu machen, daß die Erklärung ohne Vorbehalt abgegeben sei.“ [1])

Der hier definierte Vorbehalt ist in zwei Formen denkbar. Er liegt erstlich dann vor, wenn der Erklärende zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung den der Erklärung entsprechenden Entschluß zwar schon gefaßt hat, sich aber die Möglichkeit einer Änderung des Entschlusses vorbehält. Er ist fernerhin gegeben, wenn der Erklärende zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung überhaupt noch nicht zur Entscheidung gekommen, also noch unentschlossen ist. Im ersteren Falle harmoniert zwar der Innenwille zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung mit dem erklärten Willen. Der Erklärende will aber den Ausschluß der rechtlichen Gebundenheit an den erklärten Willen durch den verschwiegenen Vorbehalt einer Änderung seines Entschlusses herbeiführen. Er behält sich demnach ein einseitiges Rücktrittsrecht vor. Im letzteren Falle ist der Innenwille zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung neutral. Gegenüber dem erklärten Willen liegt aber eine innerlich gebliebene conditio si volam vor.

[1]) a. a. O. S. 51/52.

Schon hieraus ergibt sich, daß v. Pestalozza die ihm an dem herrschenden Begriff der Mentalreservation so verhaßte Divergenz zwischen Wille und Erklärung auch bei seiner Formulierung des geheimen Vorbehalts nicht eliminiert, denn zwischen dem von dem Erklärenden bewußtermaßen vollzogenen Erklärungstatbestand und dem Inhalt des Vorbehalts im Sinne Pestalozzas besteht gleichfalls ein Widerspruch: Die Willensdivergenz ist zwar zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung nicht vorhanden, wohl aber für die Zukunft in Aussicht genommen. Weiterhin würde eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung über die Unwirksamkeit des geheimen Vorbehalts im Sinne Pestalozzas überflüssig sein, denn es ist klar, daß weder ein Rücktrittsrecht, noch eine conditio si volam innerlich statuiert werden kann. De lege lata vollends ist Pestalozzas Interpretation des § 116 BGB. unhaltbar. Sie knüpft in äußerlicher Weise an die Bedeutung des Wortes „Vorbehalt" an und läßt völlig außer acht, daß das Gesetz, wie die Entstehungsgeschichte beweist, das Problem der Mentalreservation im Sinne der gemeinrechtlichen Wissenschaft im Auge hatte. Die Gesetzesmaterialien heben hervor, daß eine ausdrückliche Bestimmung über den Fall der bewußten Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung für notwendig erachtet worden sei, weil das Gesetz zu dem Streit der Willenserklärungstheorien nicht prinzipiell Stellung genommen habe. Die historische Interpretation scheint mir daher im vorliegenden Falle mehr am Platze zu sein, als die Buchstabeninterpretation.

### b) Die durchschaute Mentalreservation.

Der Tatbestand der durchschauten Mentalreservation erfordert neben der bewußten Divergenz zwischen Wille und

Erklärung als zweites inneres Tatbestandsmoment gemäß § 116 Satz 2 BGB. die Kenntnis des Vorbehalts auf seiten des Erklärungsempfängers. Trotz dieser Kenntnis hört der Vorbehalt aber nicht auf ein heimlicher zu sein, denn hierzu ist, wie wir bereits festgestellt haben, nur erforderlich, daß er dem Gegenüberstehenden nicht innerhalb des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts offenbart worden ist. In Monologen, Tagebüchern kann er dagegen geäußert sein.[1]) Die Mittel, durch welche der Erklärungsempfänger sich von dem Vorbehalt Kenntnis verschafft hat, sind rechtlich gleichgültig. Es gehören hierher Mitteilung durch Dritte, zufällige Beobachtung usw. Nur auf Verabredung der Parteien darf die Kenntnis nicht beruhen.

Kennenmüssen steht nach § 116 Satz 2 BGB. dem Kennen nicht gleich. In den Gesetzesmaterialien (Mot. des Redaktors Gebhard S. 92) wird dies mit folgender Erwägung begründet: „Es stehen Erklärungen in Frage, die nach der Intention des Erklärenden für echte Erklärungen gehalten werden sollen. Einem solchen Willen gegenüber besteht keine Prüfungspflicht. Er darf als das genommen werden, wofür er gegeben wird.“ Im gemeinen Recht genügte nach manchen Schriftstellern Kennenmüssen.[2]) Regelsberger nähert sich am meisten dem Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches. Nach ihm findet eine Berufung auf Mentalreservation selbst dann nicht Gehör, „wenn dem Getäuschten ein Mangel an Aufmerksamkeit zur Last fällt, solange nur der Erfolg der Täuschung noch glaubhaft ist.“[3])

[1]) vgl. Kohler, Jherings Jahrb. 28 S. 174; v. Savigny, System Bd. 3 S. 158; Hölder, Komm. z. BGB., allgem. Teil S. 253.

[2]) v. Savigny, System Bd. 3 S. 259; vgl. auch Seufferts Arch., neue Folge, 22 Nr. 221.

[3]) Endemann, Handb. f. HR. S. 407/08.

### c) Die Simulation.

Bei der Simulation gibt eine Partei einer anderen gegenüber eine nicht gewollte Erklärung ab und ist mit ihr einig darüber, daß die Erklärung nicht gelten, d. h. keine Rechtswirkung haben soll. Die Erklärung soll nur nach außen hin als eine ernstliche erscheinen. Unter der Maske des Scheingeschäfts kann sich aber ein wirklich gewolltes Geschäft verbergen, z. B. eine Schenkung unter der Hülle eines Kaufs.[1]) Dies ist der Begriff der Simulation nach früherem[2]) und nach heutigem Recht (§ 117 BGB.). Die vertragsmäßige Ausschließung der wirtschaftlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts macht dieses noch nicht zum Scheingeschäft. Deshalb fällt das sogen. fiduziarische oder Treuhandgeschäft nicht unter § 117 Abs. 1 BGB. Hier wird die Rechtswirkung von den Beteiligten gewollt, freilich nur zur Erreichung eines beschränkten wirtschaftlichen Zweckes (Inkassozession, Inkassoindossament, Sekuritätsübereignung). Aus demselben Grunde ist auch das Handeln durch eine vorgeschobene Person kein Handeln zum Schein. Der Strohmann handelt als indirekter Stellvertreter im eigenen Namen. Die Rechtswirkungen treten deshalb in seiner Person ein, auch wenn die Gegenpartei von der wirtschaftlichen Sachlage Kenntnis hat. Dem Strohmann kann weder die fehlende Aktivlegitimation noch Simulation entgegengehalten werden.[3])

Die innere Struktur der Simulation ist in verschiedener Weise aufgefaßt worden. Die herrschende gemeinrechtliche

---

[1]) RG. Bd. 15 S. 293, Bd. 22 S. 191 ff.

[2]) Regelsberger, Pand. § 139 S. 509; Seufferts Arch. Bd. 27 Nr. 252, Bd. 30 Nr. 89, Bd. 38 Nr. 102.

[3]) vgl. RG. in Seufferts Arch., dritte Folge, Bd. 5 Nr. 91, Bd. 2 Nr. 4.

Lehre betrachtete sie als einen Unterfall der Mentalreservation oder besser gesagt der durchschauten Mentalreservation. Mit dieser sollte sie gemein haben die bewußt gewollte Divergenz zwischen Wille und Erklärung. Ihre Besonderheit fand man darin, daß die Täuschungsabsicht nicht nach innen gegen den Mitkontrahenten, sondern nach außen gerichtet ist. Nach dieser Auffassung ist die Simulation also nichts anderes als eine zweiseitige Mentalreservation.[1]) Im Vergleich zur durchschauten Mentalreservation ist die Situation nur insofern verschoben, als die Kenntnis des Destinatärs der Erklärung keine bloß zufällige, sondern eine absichtlich herbeigeführte ist und die Täuschung sich begrifflich nicht gegen den Geschäftsgenossen, sondern nur gegen Dritte richtet. Demgegenüber haben mehrere Rechtslehrer, vor allem Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 91ff., der Simulation einen von der Mentalreservation abweichenden Charakter vindiziert. Sie leugnen bei ihr das Vorhandensein einer Disharmonie zwischen dem internen Willen und der Erklärung und suchen vom erklärungstheoretischen Standpunkt aus nachzuweisen, daß eine juristisch relevante Willenserklärung überhaupt nicht vorliege. Welche von diesen beiden Konstruktionen wir für die richtige halten müssen, wird sich erst später gelegentlich der konstruktiven Ableitung der Nichtigkeit des simulierten Geschäfts ergeben.

### d) Die nicht ernsthafte Willenserklärung.

Was der Mentalreservation und der Scheinerklärung begriffswesentlich ist: die Täuschungsabsicht, ist bei der Scherzerklärung begrifflich ausgeschlossen. Die Nichternstlichkeit

[1]) Savigny a. a. O. Bd. 3 S. 262.

der Willenserklärung ist hier eine harmlose. Eine bewußte Divergenz zwischen Wille und Erklärung besteht zwar auch hier, aber sie bezweckt keinen Betrug. Der Urheber der Erklärung muß vielmehr „die Erwartung haben, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden“ (§ 118 BGB.). Die Nichternstlichkeit muß demnach in jedem Falle auf der subjektiven Annahme des Erklärenden beruhen. Es genügt nicht, daß der Inhalt der Erklärung objektiv als nicht ernsthaft aufzufassen ist. Wenn der Erklärende dies nicht weiß, so liegt zwar eine Täuschungsabsicht nicht vor, es besteht aber auch andererseits nicht die Erwartung, daß der Mangel der Ernstlichkeit erkannt werde. Ein Anwendungsfall des § 118 ist beispielsweise nicht gegeben, wenn ein Ausländer durch verkehrte Anwendung deutscher Sprachbegriffe eine nach Form oder Inhalt lächerliche Erklärung abgibt. Hier hilft § 119 BGB. oder auch § 138 BGB., da auf seiten des Erklärungsempfängers in der Regel ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen wird, wenn er den Erklärenden beim Worte nehmen will. Eine Bemängelung der Fassung des § 118, weil er alles auf die Absicht des Urhebers der Erklärung abstelle, erscheint mir jedoch nicht gerechtfertigt zu sein. Die Bestimmung will, wie eben ihre Fassung beweist, einen Fall des bewußten Willensmangels regeln. Ich halte deshalb abweichend von Endemann[1]) bei Anwendung des § 118 eine objektive Wertung des Erklärungsinhalts für unstatthaft. Endemann lehrt im Anschluß an das Beispiel, daß jemand eine Uhr von einem Pfund oder 1 cbm Fleisch bestellt, folgendes: „Es wird gestattet sein, zu sagen, daß ein Vertragsinhalt als nicht ernsthaft und des Rechtsschutzes würdig erscheinen darf, wenn er von vornherein in lächer-

[1]) Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 S. 362 Anm 6.

licher Fassung oder mit unsinnigem Leistungsgegenstande auftritt. Die Erwartung, daß der Gegner als Geschäftsfähiger dies erkennen mußte, wird damit um so mehr bestätigt, als ihm bei der Ausführung der Bestellung früher als dem Besteller selbst der monströse Umfang des Leistungsgegenstandes auffallen muß.“ Diese Begründung läuft m. E. auf eine Fiktion der Erwartung hinaus und ist deshalb verfehlt.

Man streitet aber seit jeher darüber, ob die bezeichnete Erwartung auf seiten des Erklärenden erkennbar hervorgetreten sein muß, oder ob ein innerlicher Seelenzustand genüge. Die römischen Quellen bieten in dieser Hinsicht keinen festen Anhaltspunkt, weil die Auslegung der entscheidenden l. 3 § 2 D. de obl. et act. 44, 7 bestritten ist. Windscheid und Hartmann nehmen in ihr erkennbare Nichternstlichkeit, Zitelmann hingegen unerkennbare an.[1]) Im gemeinen Recht wurde die Frage, ob die Nichternstlichkeit zum Ausdruck kommen müsse oder nicht, bald im Sinne der einen, bald der anderen Alternative beantwortet. Bedeutete doch ihre Entscheidung Stellungnahme zu dem Streit der Rechtsgeschäftstheorien.[2]) Das preuß. allgem. Landrecht setzte Erkennbarkeit nicht voraus.[3]) Für das Bürgerliche Gesetzbuch begnügt sich die herrschende Meinung mit einer rein innerlichen Erwartung.[4]) Auch die zweite Kommission nahm diesen

[1]) Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 18; Hartmann, Jherings Jahrb. Bd. 20 S. 8; Zitelmann, Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 406.

[2]) vgl. z. B. Regelsberger, Pand. I S. 515; anders Seufferts Arch. Bd. 5 Nr. 146, Bd. 35 Nr. 269.

[3]) ALR. I, 4 § 52. § 55 ist lediglich Beweisregel.

[4]) So Planck, Komm. zu § 118; Cosack, Lehrb. Bd. 1 S. 205; Enneccerus, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 S. 127; Leonhard, Allgem. Teil S. 458, Dernburg, Bürgerl. R. I S. 477.

Standpunkt ein (Prot. I S. 99). Eine Minderzahl von Schriftstellern fordert aber, daß die Erwartung objektiv in der Abgabe der Erklärung liegen müsse. Als Vertreter dieser Auffassung ist namentlich Isay zu nennen.[1]) Indem er von der Voraussetzung ausgeht, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Rechtsfolge lediglich an die Erklärung knüpfe und unter Willenserklärung das schlüssige Gesamtverhalten einer Person verstehe, fordert er, daß, wenn die Nichternstlichkeit Beachtung finden solle, diese in den begleitenden Nebenumständen zum Ausdruck kommen müsse. An Isays Deduktion ist aber die Prämisse unbewiesen. Wo steht es, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den inneren Willen unberücksichtigt läßt? Könnte nicht grade unser § 118 einen Beweis für die Berücksichtigung des inneren Willens bilden? Denn aus dem Wortlaut des Paragraphen ist doch sicher nichts für, eher etwas gegen die Annahme der Ausdrücklichkeit zu entnehmen. Diejenigen, welche in § 118 objektive Erkennbarkeit der Erwartung fordern, müssen ferner dazu kommen, den Begriff der Mentalreservation zu dehnen. Sie müssen das Element der Verheimlichungsabsicht aus ihm streichen. Denn will man die Erklärung, deren mangelnde Ernstlichkeit nicht aus den Umständen hervorgeht, für gültig halten, so kann dies nur auf Grund des § 116 Satz 1 BGB. geschehen. Der Begriff des geheimen Vorbehalts müßte dann dahin gefaßt werden, daß er nicht bloß die bewußte Diskrepanz zwischen Wille und Erklärung mit Täuschungsabsicht, sondern auch diejenige ohne Täuschungsabsicht umschließt. Es würde also nicht nur der böse Scherz, sondern auch der harmlose, falls die gute Meinung aus der Erklärung nicht erhellt, unter § 116 Satz 1 BGB. fallen. Nun legen aber bei

[1]) Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts S. 17.

§ 116 die Motive das Hauptgewicht gerade auf die Täuschungsabsicht. Auch dies spricht gegen die gegnerische Ansicht. Hingegen scheint mir Manigks[1]) Argument, daß man, wenn man Erkennbarkeit fordere, mit § 122 Abs. 1 in Konflikt gerate, weil dann ein Fall, wo § 122 Abs. 1 Anwendung finden sollte, nicht denkbar sei, nicht stichhaltig zu sein. Denn selbst bei objektiver Erkennbarkeit der Erwartung kann man sehr wohl noch unterscheiden zwischen dem Fall, wo der Gegner sie erkennen müßte (§ 122 Abs. 2), und demjenigen, wo ihm keine Fahrlässigkeit zur Last fällt, wenn er sie nicht erkennt (§ 122 Abs. 1).

Das Bewußtsein der Nichternstlichkeit und die Erwartung müssen im Augenblicke der Abgabe der Willenserklärung vorhanden sein. Daher fallen Willenserklärungen, die sich erst nachträglich als unüberlegt oder töricht erweisen und solche Scherzerklärungen, bei denen die Nichternstlichkeit nicht sofort erkannt werden soll, nicht unter § 118.[2]) Häufig zählt man hierher auch die Lehrbeispiele und Geschäfte auf der Bühne. Mit Unrecht. Lehrer und Schauspieler geben bei Ausübung ihres Berufes die Willenserklärungen als solche nicht ab, sondern sie wollen bloß die Abbilder der Willenserklärungen darstellen. Dasselbe gilt dann, wenn jemand über eigene Willenserklärungen oder über die Willenserklärungen eines anderen in direkter Rede referiert, wie z. B. der Berichterstatter eines Kollegialgerichts, der auf diese Weise einen Rechtsfall möglichst plastisch darstellen will. Auch die aus Renommage oder Prahlerei abgegebenen Willenserklärungen fallen nicht unter § 118, denn Renommisten und Prahler hegen

[1]) Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte nach bürgerl. R. S. 114ff.

[2]) Rehbein, Komm. S. 124.

bei Abgabe der Willenserklärung zum mindesten die Illusion, daß man ihre Erklärung ernst nehme.[1]) Im übrigen hängt die Behandlung dieser Fälle ganz von der Sachlage ab. Wenn z. B. ein Geizhals, um mit seiner Freigebigkeit Eindruck zu machen, im Wirtshause vor den Augen einiger Bekannter dem Kellner ein abnormes Trinkgeld gibt, so liegt zweifellos ein Ernstgeschäft vor. Wenn hingegen ein notorischer Bettler und Aufschneider eines Tages auf das Amtsgericht kommt und ein Testament errichtet, in dem zahlreiche Wohltätigkeitslegate enthalten sind, so ist diese letztwillige Verfügung offenbar nicht ernstlich gemeint; der Testator wünscht und glaubt indessen die Mitwelt zu täuschen. Es würde deshalb § 116 BGB. anwendbar sein. In dem vom Reichsgericht Bd. 8 S. 249 entschiedenen Falle, wo ein Kaufmann die Rechnung eines Klempnermeisters bemängelt und dabei erklärt, er wolle eine Million der gelieferten Röhren zu einem Drittel des ihm berechneten Preises beschaffen, und auf Befragen des Klempnermeisters, der diese Offerte annimmt, die Ernstlichkeit seiner Erklärung versichert und durch Handschlag bekräftigt, liegt nicht, wie das Reichsgericht meint, ein scherzhaftes, sondern ein ernsthaftes, prahlerischen Motiven entsprungenes Geschäft vor, aus dem aber nicht geklagt werden kann, weil die Geltendmachung des Anspruchs gegen § 138 BGB. verstoßen würde.[2]) Es gibt auch eine Gruppe von Willenserklärungen, die in der Tat nicht ernsthaft sind, aber dennoch nicht nach § 118 beurteilt werden können, weil sie in das Gebiet der rechtlich bedeutungslosen Willenserklärungen zu verweisen sind. So vor allem die Reklame-

[1]) A. A. Fischer in Fischer-Henle zu § 118.

[2]) So auch Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 477 und Kipp in Windscheid Bd. 1, § 75 S. 379.

äußerungen, wie z. B. die Plakataufschrift: 1000 Mk. verspreche ich demjenigen, der nachweist, daß mein Heilmittel gegen Tuberkulose nicht hilft u. a. m.

Nach Ausscheidung der vorstehenden Fälle bleibt für § 118 BGB. noch ein weites Anwendungsgebiet. Es kommen alle Willenserklärungen in Betracht, die zur Unterhaltung, aus Scherz, aus Ironie oder sonst in nicht ernstlicher Absicht abgegeben werden. Als Beispiele führe ich folgende Fälle aus der älteren Judikatur an: Ein Bauer, der die Absicht seinen Hof zu verkaufen, schon wiederholt geäußert, aber niemals verwirklicht hatte, und deshalb mit Stichelreden überschüttet wurde, erklärte im Wirthause zu seinem Hausschlächter, er werde ihm 3000 Mk. zahlen, wenn er seinen Hof nicht am folgenden Tage verkaufe. Hier nahm das Gericht mit Recht an, daß der Bauer nur einen Trumpf auf seine Behauptung habe setzen wollen, ohne daran zu denken, daß der Kläger ihn beim Worte nehmen werde.[1]) Ähnlich liegen die vielen zur gerichtlichen Entscheidung gelangten nicht ernsthaften Wettverträge, die trotz ihrer heutigen Unklagbarkeit immerhin noch mit Rücksicht auf § 762 Satz 2 BGB. von Bedeutung sind. Aus der Fülle der Entscheidungen sei nur ein Fall herausgegriffen: Ein im Prozeß stehender Bauer äußerte im Wirtshaus zu seinem Nachbar: „Wenn ich den Prozeß verliere, bezahle ich 4000 Taler", worauf der andere erwiderte: „Und ich zwei Heller; ich halte Dich beim Wort". Nach heutigem Rechte würde durch diese Wette nicht einmal eine Naturalobligation begründet werden, denn die Willenserklärung des Bauers kann nur als eine Bekräftigung seiner Überzeugung von der Gerechtigkeit seiner

[1]) Seufferts Arch., neue Folge, Bd. 7 Nr. 310.

Sache angesehen werden, der eine rechtsverbindliche Absicht nicht zugrunde liegt.[1])

### e) Vergleichende Zusammenfassung.

Fassen wir rückblickend die nach ihren inneren Momenten geschilderten vier Tatbestände noch einmal ins Auge, so ergibt sich:

1. Sie stimmen darin überein, daß bei ihnen allen eine bewußte Divergenz zwischen Wille und Erklärung besteht.

2. Sie unterscheiden sich aber

a) durch die Art und Weise, wie sich der Erklärende zu dieser Divergenz anderen gegenüber verhält: § 116 Satz 1 und Satz 2 setzen im Gegensatz zu § 118 und 117 Abs. 1 Verheimlichungsabsicht gegenüber dem Erklärungsempfänger voraus. Daneben kann auch die Täuschung Dritter bezweckt sein. § 117 Abs. 1 setzt Täuschungsabsicht gegenüber Dritten voraus im Gegensatz zu § 118 und auch zu § 116, insofern in letzterem Falle die Täuschung Dritter zwar möglich, aber nicht notwendig ist. In § 118 ist jede Täuschungsabsicht ausgeschlossen.

b) durch das Verhältnis des Erklärungsempfängers zu der Divergenz. Im § 116 Satz 1 darf der Erklärungsempfänger den Willensmangel nicht kennen, er muß getäuscht sein. In § 116 Satz 2 und § 117 Abs. 1 muß der Erklärungsempfänger den Willensmangel kennen, in § 118 ist dies nicht notwendig. § 116 Satz 2 und § 117 Abs. 1 unterscheiden sich wieder von einander dadurch, daß in § 117 Abs. 1 die Kenntnis auf einer Abrede beruhen muß, in § 116 Satz 2 hingegen auf diesem Wege nicht erlangt sein darf.

---

[1]) Seufferts Arch., neue Folge, Bd. 2 Nr. 231; andere Fälle dieser Art siehe in Seufferts Arch. Bd. 27 Nr. 182, Bd. 16 Nr. 217.

Damit sind die Tatbestände fest umgrenzt. Derselbe Fall läßt sich nicht zugleich unter den einen und den anderen subsumieren. Die Grenzen zwischen § 117 Abs. 1 und § 118 werden indessen vielfach verwischt, so bei allen denen, welche Betrug gegen Dritte bei der Simulation nicht für wesentlich halten, wie z. B. Leonhard, Allgem. Teil, S. 458; denn dann gehören alle Fälle, bei denen Einverständnis der Parteien über die Nichternstlichkeit der Erklärung und keine betrügerische Absicht vorliegt, zugleich unter § 117 Abs. 1 und § 118. § 117 Abs. 1 würde danach nur einen Unterfall des § 118 darstellen, indem er der nicht ernsthaften Willenserklärung gleichzustellen wäre, bei welcher der Mangel der Ernstlichkeit tatsächlich erkannt wurde. Abwegig ist es auch, den Fall der Scherzerklärung, bei welcher der Willensmangel nicht verkannt wurde, zugleich unter § 118 und § 116, Satz 2 zu subsumieren,[1]) da doch die Kenntnis des Willensmangels in § 118 mit dem Willen, in § 116 Satz 2 gegen den Willen des Erklärenden besteht.

Der Fall des mißlungenen Scheingeschäfts läßt sich bei unserer scharfen Trennung der Tatbestände nirgends unterbringen. Von mißlungener Simulation spricht man nämlich dann, wenn eine Partei erwartet, die andere werde mit dem Scheinabschluß einverstanden sein, sich aber in dieser Erwartung täuscht. § 117 Abs. 1 liegt wegen mangelnden Einverständnisses nicht vor. Aber auch § 118 paßt nicht, weil er verlangt, daß der Erklärende zu täuschen nicht beabsichtigt, der Simulant aber Dritte täuschen will. Die Motive wollen die mißlungene Simulation unter § 118 fallen lassen.[2])

[1]) So Fischer in Fischer-Henle zu § 118.

[2]) Mot. Bd. 1 S. 193/94.

Stimmt man dem bei, so gibt man implizite zu, daß mit § 118 Betrug gegen Dritte verträglich sei. Damit würde aber § 117 Abs. 1 seine Daseinsberechtigung verlieren.[1])

## § 4

## Die Arten der Willenserklärungen in den §§ 116 Satz 1, 116 Satz 2, 117 Abs. 1 u. 118 BGB.

Wir gehen nunmehr zur Untersuchung der Frage über, auf welche Arten von Willenserklärungen die §§ 116—118 Anwendung finden. § 116 Satz 1 spricht von „Willenserklärungen" schlechthin. In den übrigen Vorschriften ist aber überall ein erklärender Zusatz gemacht. In §§ 116 Satz 2 und 117 Abs. 1 sollen nur solche Willenserklärungen getroffen werden, die „einem anderen gegenüber abzugeben" sind, im § 118 solche, die „abgegeben" werden. Um diese Zustände richtig zu deuten, müssen wir uns zunächst klar machen, in welchem Sinne der terminus Willenserklärung im Bürgerlichen Gesetzbuch zu verstehen ist. In der älteren Jurisprudenz identifizierte man die Begriffe „Willenserklärung" und „Willensäußerung". Ein Unterschied zwischen beiden ist der älteren gemeinrechtlichen Lehre nie zum Bewußtsein gekommen. Das allgem. Landrecht definiert die Willenserklärung gradezu als Äußerung dessen, was nach Absicht der Parteien geschehen oder nicht geschehen soll (ALR. I, 4 § 1). Erst in der neueren gemeinrechtlichen Literatur taucht die Scheidung auf (bei Brinz, Regelsberger.[2]) In neuester Zeit wird sie besonders unter den Bearbeitern des bürgerlichen Rechts stark

---

[1]) vgl. Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entw. S. 6.

[2]) Brinz, Pand. Bd. I S. 1555; Regelsberger, Pand. I § 129.

verfochten. Alle knüpfen an das Wort Willenserklärung an und meinen, eine Willenserklärung liege nur in derjenigen Willensäußerung, die „anderen etwas klar machen solle“.[1]) Nach Leonhard ist Willenserklärung die „wahrnehmungsbedürftige“ Willensäußerung, d. h. diejenige, welche erst nach Wahrnehmung durch andere Wirkungen entfaltet. Eine solche Willenserklärung ist z. B. auch das Testament, das ja erst dann, wenn es gelesen wird, zur Geltung kommt. Den wahrnehmungsbedürftigen Willenserklärungen stehen die sogen. „einsamen Akte“ gegenüber, welche, ohne je von anderen gesehen oder gehört zu werden, Rechtswirkungen erzeugen, z. B. die Okkupation. Nach Leonhard sind also alle Willenserklärungen in einem weiteren Sinne empfangsbedürftig. Hellmann geht einen Schritt weiter als Leonhard. Er begnügt sich nicht damit, daß die Willensäußerungen bestimmt sind, einmal durch andere wahrgenommen zu werden, sondern glaubt im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches fordern zu müssen, daß die Willenserklärungen von vornherein an die von ihren Wirkungen getroffenen Personen oder an eine Behörde gerichtet sind. Hellmann eliminiert also aus der Kategorie der Willenserklärungen nicht nur die einsamen Akte, sondern alle nicht adressierten Willensäußerungen.[2]) Er stützt seine Auffassung vornehmlich auf § 151 BGB. In dieser Bestimmung glaubt Hellmann die gesetzliche Sanktion der Unterscheidung von Willensäußerung und Willenserklärung zu finden. Seine Schlußfolgerung ist indessen unberechtigt. Wenn § 151 von einer Annahmeerklärung „gegenüber dem Antragenden“ absieht, so liegt darin noch nicht, daß er von

[1]) Leonhard, Allgem. Teil S. 254ff.

[2]) Jherings Jahrb. Bd. 42 S. 413.

einer Annahmeerklärung überhaupt absieht. Nur wenn feststünde, daß eine Annahmeerklärung immer nur dem Offerenten gegenüber erfolgen könnte, wäre erwiesen, daß die „Annahme" des Vordersatzes in § 151 keine Willenserklärung sei. Diese Voraussetzung ist aber gerade das, was Hellmann zu beweisen hat.[1]) Weiterhin wird Hellmanns Terminologie auch dadurch widerlegt, daß das BGB. in § 2231 das eigenhändige Testament eine „Erklärung", d. h. Willenserklärung nennt, obwohl es doch an niemanden adressiert wird. Ist sonach Hellmanns Redeweise unhaltbar, so glauben wir auch derjenigen Leonhards nicht folgen zu dürfen, weil sie sich auf ein rein sprachliches Argument stützt und dieses allein nicht ausreicht, einen festen historischen Begriff zu erschüttern. Wir halten daher an der hergebrachten Gleichsetzung von Willenserklärung und Willensäußerung fest.[2])

Was ist nun unter einer Willenserklärung zu verstehen, die einem andern gegenüber „abzugeben" ist? Abzugeben kann eine Erklärung nur dann sein, wenn ihr die Richtungsbedürftigkeit wesentlich ist. Wann dies der Fall ist, darüber entscheidet das Gesetz und in Ermangelung einer positiven Norm die Natur der Sache. Nach Zitelmanns Vorgang nennt man nun diejenigen Willenserklärungen, welche richtungsbedürftig sind, „empfangsbedürftige Willenserklärungen" im Gegensatz zu denjenigen Willenserklärungen, für welche die Richtungsbedürftigkeit kein wesentliches Kriterium bildet. Unter den empfangsbedürftigen Willenserklärungen wird dann wieder geschieden zwischen solchen, die einer Behörde und

---

[1]) vgl. auch Crome, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 382.

[2]) Leonhard hält diese Frage übrigens für eine rein terminologische, aus der praktische Folgerungen nicht gezogen werden dürfen.

denen, welche einer Privatperson gegenüber abzugeben sind.[1]) Die ersteren werden auch als amtsempfangsbedürftige, die letzteren als parteiempfangsbedürftige Willenserklärungen bezeichnet. Die amtsempfangsbedürftigen Erklärungen kommen für §§ 116 Satz 2 und 117 Abs. 1 nicht in Betracht, denn es handelt sich ja hier nur um solche, die „einem andern", d. h. einer Privatperson gegenüber abzugeben sind (vgl. § 130 BGB.). Darnach beziehen sich also § 117 Abs. 1 und § 116 Satz 2 nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf die sogen. parteiempfangsbedürftigen Willenserklärungen.[2]) Dieses Ergebnis wird durch die Entstehungsgeschichte des § 116 Satz 2 und § 117 Abs. 1 bestätigt. Die Willenserklärung kann auch wahlweise an die eine oder die andere von zwei

---

[1]) Zitelmann, Allgem. Teil S. 93.

[2]) Wo das Gesetz für den Eintritt eines Rechtserfolges das Zusammenwirken eines Staats- und eines Parteiaktes erfordert, wie z. B. bei den grundbuchmäßigen Rechtsänderungen, hindert die Nichtigkeit der „Einigung" auf Grund der §§ 116 Satz 2, 117, 118 BGB. den Eintritt der Rechtswirkung. Aus der Gültigkeit des Eintragungsaktes läßt sich die Wirksamkeit der Parteierklärungen nicht herleiten. Die Behörde ist an den Parteierklärungen sachlich nicht interessiert und hat auch — abgesehen von den Fällen der Auflassung — nicht zu prüfen, ob die materielle Einigung erfolgt ist, sondern muß sich mit dem formellen Nachweis der Eintragungsbewilligung begnügen (§ 19 GBO. vgl. KG. bei Johow 21 A 309, 28 A 265). Es ist deshalb unrichtig, wenn Matthiaß, Lehrb. S. 211, behauptet, daß die Parteierklärungen dem Grundbuchamte gegenüber „empfangsbedürftig" und die bei den Parteien etwa obwaltenden Willensmängel als geheime Vorbehalte gegenüber der Behörde unbeachtlich seien. Ein öffentliches Interesse an der Gültigkeit des Parteiaktes ist auch nicht anzuerkennen, da Dritte schon durch die selbständigen Wirkungen der Eintragung (Vermutung aus § 891, Schutz des guten Glaubens § 892) hinreichend geschützt sind; vgl. auch RG. Bd. 50 Nr. 27.

Personen abzugeben sein, wie z. B. in § 318 BGB. In solchen Fällen ist zu beachten, daß die an die eine Person abgegebene Willenserklärung auch für und wider die andere wirkt. Daraus folgt, daß die Wirkungen der §§ 116—118 auch gegenüber der zweiten Person eintreten, sofern die Voraussetzungen dieser Vorschriften gegenüber dem Erklärungsempfänger vorliegen. Wird die Willenserklärung in concreto an beide zugleich abgegeben und bestehen nur der einen Person gegenüber die Voraussetzungen der gedachten Bestimmungen, so wird hierdurch die Wirksamkeit der Erklärung nicht beeinträchtigt.

Ein innerer Grund dafür, daß §§ 116 Satz 2 und 117 Abs. 1 auf parteiempfangsbedürftige Willenserklärungen beschränkt wurden, läßt sich freilich nicht angeben, insbesondere nicht bezüglich des § 116 Satz 2. Die ratio dieser Bestimmung geht doch dahin, den Erklärenden nur dann am Worte festzuhalten, wo ein anderer getäuscht ist. Dieser Rechtsgrund trifft doch genau so wie bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen auch bei nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen zu, bei denen ein Empfänger tatsächlich verhanden, rechtlich freilich nicht notwendig ist.[1]) Aus diesen Erwägungen wird denn auch von manchen § 116 Satz 2 auf nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen analog angewendet.[2]) Ob das

[1]) Z. B. bei einer letztwilligen Verfügung, deren Nichternstlichkeit den Interessenten vom Verfügenden mitgeteilt wurde. Matthiaß, Lehrb. des bürgerl. R. S. 210 scheint den Standpunkt des Gesetzes damit begründen zu wollen, daß trotz der Kenntnis der Interessenten die Verheimlichung noch Dritten gegenüber bestehe. Bei nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen kann aber die Mentalreservation nur so lange für vorliegend erachtet werden, als der Willensmangel den Beteiligten gegenüber verschwiegen ist. Die Täuschung Dritter ist nicht begriffswesentlich.

[2]) Eck, Vorträge Bd. 1 S. 133.

dem klaren Texte des Gesetzes gegenüber zulässig ist, mag dahingestellt bleiben. Keinesfalls scheint es mir aber angängig zu sein mit Hölder[1]) unter einer „einem anderen gegenüber abzugebenden Willenserklärung“ auch diejenige zu verstehen, „die kraft eigener Willensbestimmung oder der Bestimmung eines andern abzugeben ist“, wenngleich man mit dieser Auffassung ohne weiteres zu dem gewünschten Resultat gelangen würde, denn diese Interpretation widerspricht geradezu der technischen Redeweise des Gesetzes. Was die Simulation anlangt, so war sie nach gemeinrechtlicher Theorie und Praxis auch den nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen zugänglich. Man behandelte sie nämlich dann als simuliert, wenn der Erklärende mit denen, welche an seiner Erklärung sachlich interessiert waren, über die Scheinnatur der Erklärung einig war, während er im übrigen seinen Willensmangel verhehlte. Ein Fall dieser Art findet sich bei Seuffert Bd. 42 Nr. 280. Es handelt sich hier um eine Erbschaftsausschlagung zugunsten von Geschwistern, die im Einverständnis mit den Beteiligten zum Schein erfolgte.

Nach dem Wortlaut des § 117 Abs. 1 scheint es nicht möglich zu sein, Scheingeschäfte auch bei nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen anzunehmen, vielmehr müsste man bei diesen immer nur von Mentalreservation sprechen. Trotzdem verlangen auch hier manche, daß gewisse nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen wie empfangsbedürftige behandelt werden sollen. So z. B. Zitelmann in Ansehung der Vertragsannahme nach § 151 BGB.[2])

Von Hellmanns Standpunkt aus hat der das Wort

---

[1]) Komm. z. allgem. Teil § 117.

[2]) Zitelmann, Allgem. Teil S. 115.

Willenserklärungen erläuternde Beisatz in den §§ 116 Satz 2 und 117 Abs. 1 natürlich eine andere Bedeutung, als wir angenommen haben. Da schon die Willenserklärungen an sich nur die empfangsbedürftigen Willensäußerungen umfassen, kann der Beisatz bloß dazu dienen, die an eine Behörde gerichteten Willenserklärungen auszuschließen. Ferner fallen auch nach Hellmann die an eine unbestimmte Mehrheit von Personen gerichteten Willenserklärungen, wie die Auslobung (§ 657 BGB.), öffentliche Vollmacht usw. unter § 116, da auch diese von seinem Willenserklärungsbegriff umschlossen werden.

Alle Einschränkungen, die wir bezüglich des Anwendungsgebietes der §§ 116 Satz 2 und 117 Abs. 1 gemacht bezw. erwogen haben, kommen für § 118 nicht in Betracht. Er bezieht sich auf alle Willenserklärungen, die abgegeben werden, also auch auf die amtsempfangsbedürftigen und die nichtempfangsbedürftigen, wofern sie tatsächlich adressiert werden. So kann z. B. auch die Dereliktion, wenn sie einem andern gegenüber erklärt wird mit dem Anscheine, ihm Okkupationsmöglichkeit zu gewähren, wegen Nichternstlichkeit nichtig sein.[1]) Ebenso ist ein Testament, welches vor einem Richter oder Notar errichtet wird, bei nicht ernstlicher Absicht nichtig.

Die Mentalreservation endlich konnte nach der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre gleichfalls nur bei Willenserklärungen stattfinden, die einem anderen gegenüber abgegeben werden.[2]) § 116 Satz 1 BGB. macht aber keinerlei Einschränkung. Die Mentalreservation kann deshalb nach der im Gesetz zum Aus-

---

[1]) Insbesonders wichtig wegen § 122 BGB.

[2]) Windscheid, Pand. I § 75 S. 379.

druck gelangten Ansicht nicht nur bei partei- und amtsempfangsbedürftigen, sondern auch bei nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen Platz greifen, also insbesondere auch bei Verfügungen von Todes wegen (§ 2078 BGB.) Bei den nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen wird der geheime Vorbehalt denjenigen Personen gegenüber gemacht, welche an der rechtlichen Wirkung der Willenserklärung interessiert sind. Der Kreis der Interessenten kann beschränkt oder unbeschränkt sein. Wird eine nichtempfangsbedürftige Willenserklärung in concreto einer bestimmten Person gegenüber unter Mentalreservation abgegeben, so richtet sich die Verheimlichungsabsicht natürlich gegen diese. Im übrigen bestimmt sich die Zahl der Interessenten nach der Natur und dem Inhalte der Willenserklärung. Setzt man in einem Testament unter Mentalreservation einen Erben ein, so besteht ihm gegenüber die Täuschungsabsicht. Der heimliche Vorbehalt bei einer Erbschaftsannahme (§ 1943) richtet sich gegen diejenigen, welchen im Falle der Ausschlagung die Erbschaft zufallen würde. Bei der Auslobung (§ 657) bestünde die Täuschungsabsicht dem Personenkreis gegenüber, für welchen die Auslobung bestimmt ist. Bei der Dereliktion würde sie gegen jeden Dritten gerichtet sein. In allen diesen Fällen kommt Hellmann von seinem Standpunkt aus natürlich zu entgegengesetzten Resultaten.

Es erübrigt nur noch die Untersuchung der Frage, in welcher Form die Abgabe der Willenserklärung in den drei Tatbeständen denkbar ist. Schon die römischen Juristen[1]) unterscheiden bekanntlich zwischen ausdrücklichen und still-

---

[1]) vgl. z. B. l. 51 pr. D. locati conducti, 19, 2; l. 2 § 6 D. de eo quod certo loco dari oportet, 13, 4.

schweigenden Willenserklärungen (expressim — tacite), ohne daß bereits in den Quellen ein scharfer begrifflicher Unterschied zwischen den beiden Arten der Äußerung gemacht wurde. Erst in der gemeinrechtlichen Wissenschaft hat man sich bemüht einen solchen herauszuarbeiten. Anfangs suchte man das Kriterium in einem subjektiven Momente. So in der Absicht des Erklärenden oder in dem Vorhandensein des Erklärungswillens.[1]) Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts ließ die Zahl der subjektiven Zwecke entscheiden, die der Erklärende bei der Abgabe der Erklärung im Auge hatte: Dient die Erklärungshandlung nur dem Zwecke der Kundgebung des Geschäftswillens, so stellt sie eine ausdrückliche Erklärung dar, dient sie dagegen zunächst einem selbständigen Zwecke, und gestattet sie nur mittelbar einen Schluß auf einen ferneren Willen, so ist die Erklärung eine stillschweigende. Dieser Ansicht huldigten die weitaus meisten Schriftsteller und vor allem auch das Reichsgericht.[2]) Eine neuere Redeweise legt bei der Unterscheidung der ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärung das Hauptgewicht auf das Mittel, also auf ein objektives Moment: Diejenige Willenserklärung ist eine ausdrückliche, welche durch objektive Erklärungsmittel erfolgt, d. h. durch solche Handlungen, denen die „Regel des Lebens", das Gesetz oder besondere Parteivereinbarungen schon vor dem einzelnen Fall einen bestimmten Erklärungswert beilegen.[3]) Stillschweigend hingegen soll eine Willenserklärung dann sein, wenn sie durch Handlungen bezw.

---

[1]) Bekker, System I S. 74; Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 5.

[2]) Z. B. Savigny, System Bd. 3 S. 242; Wächter, Pand. S. 362; Puchta § 64 S. 100; RG. XI, 311; Striethorst XI, 101.

[3]) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 262.

Unterlassungen erfolgt, die objektiv nicht Erklärungsmittel sind, aber einen Schluß auf ein Vorhaben zulassen. Der Unterschied zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung ist danach bloß ein gradueller, denn auch die objektiven Erklärungsmittel erfordern eine Schlußfolgerung.[1]) Einen objektiven Standpunkt nimmt auch Leonhard[2]) ein, er läßt aber nicht wie Zitelmann über den Charakter einer Willenserklärung als einer ausdrücklichen oder stillschweigenden die Verkehrssitte, das Gesetz oder die Parteikonvention, sondern lediglich das Sprachgesetz entscheiden.

Der Begriff der stillschweigenden Willenserklärung als eines einheitlichen Rechtsinstituts ist von Ehrlich in der Schrift über „die stillschweigende Willenserklärung“[3]) abgelehnt worden. Ehrlich hat auf Grund eines umfangreichen kasuistischen Materials nachzuweisen versucht, daß die Tatbestände, in denen man gewöhnlich „stillschweigende Willenserklärungen“ erblicke, teils überhaupt keine Willenserklärungen seien, teils ihre Rechtswirkungen nur durch Erfüllungs- oder Aneignungshandlungen oder durch sonstige Tatsachen (Zeitablauf usw.) hervorbrächten, ohne daß diese Handlungen oder Tatsachen als Indizien des inneren Willens in Betracht kämen. Er bezeichnet den Begriff der „stillschweigenden Willenserklärung“ als einen Notbehelf, zu dem man gegriffen habe, weil man von dem Vorurteil beherrscht sei, daß jede Entscheidung, für die sich im Gesetze keine Begründung finden lasse, auf eine Willenserklärung zurückgeführt werden müsse.[4])

---

[1]) Zitelmann, Allgem. Teil S. 90; vgl. auch ALR. I, 4 § 58.

[2]) Irrtum S. 201.

[3]) Berlin 1893, Karl Heymanns Verlag, insbes. S. 286 ff.

[4]) Ehrlich wirft a. a. O. S. 290 der herrschenden Meinung folgenden Trugschluß vor: Da jede Erklärung des Willens als Indiz des rechts-

Dies sind die wichtigsten Ansichten der gemeinrechtlichen Schriftsteller. Daß sie alle nicht befriedigen und im einzelnen zu Schwierigkeiten führen, ist in der Literatur zur Genüge dargetan worden und weist vielleicht darauf hin, daß schon die Fragestellung bei dem Problem eine verkehrte ist.[1]) Doch auch in das Bürgerliche Gesetzbuch hat man die Unterscheidung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen hineingetragen und sowohl die objektive wie die subjektive Theorie glaubt das Gesetz für sich in Anspruch nehmen zu dürfen.[2]) In der Tat spricht das Bürgerliche Gesetzbuch von ausdrücklichen Willenserklärungen in den §§ 244 Abs. 1, 700 Abs. 2, 164 Abs. 1 und von stillschweigenden in den §§ 612 Abs. 1, 632 Abs. 1, 653 Abs. 1, 689. Sehr

---

geschäftlichen Willens in Betracht komme, so folgere man daraus, daß jedes Indiz des rechtsgeschäftlichen Willens dieselbe Bedeutung habe wie die Willenserklärung. Er illustriert den angeblichen Trugschluß durch folgendes Beispiel: „Wer auf einen Menschen zielt, feuert und ihn erschießt, hat dadurch zweifellos den Willen an den Tag gelegt, ihn zu erschießen, aber daraus folgt doch noch nicht, daß dieser Wille, in jeder andern Weise an den Tag gelegt, dieselbe Wirkung gehabt hätte.“ Dieses Beispiel trifft m. E. nicht die Sache. In dem Abdrücken eines Gewehrs liegt nicht bloß die Äußerung, sondern zugleich die Ausführung der Tötungsabsicht. Die Rechtswirkungen knüpfen sich aber schon an die Äußerungen des rechtsgeschäftlichen Willens. Ehrlich ist den Beweis schuldig geblieben, daß die Willensäußerung durch ausdrückliche Erklärung des Willens der aus den Umständen (Indizien) zu entnehmenden Willensäußerung nicht gleichsteht.

[1]) Bezüglich der subjektiven Theorie vgl. Hartmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 72 S. 168; gegen d. objektive Theorie Bekker, Syst. II S. 75.

[2]) Auf subjektivem Standpunkt Planck, Komm. S. 205; Enneccerus, Lehrb. S. 153; Engelmann, Lehrb. d. bürgerl. R. S. 102 (2. A.). Auf objektivem Standpunkt Zitelmann, Allgem. Teil S. 90/91; Leonhard, Allgem. Teil S. 277.

viele freilich beziehen in den fraglichen Stellen das Wort „ausdrücklich“ nicht auf die Art und Weise der Erklärung, sondern auf den Inhalt und meinen, das Bürgerliche Gesetzbuch fordere hier nur eine besondere Willenserklärung.[1]) In dem Ausdruck „stillschweigend“ finden sie nur die „umschreibende Statuierung einer verkehrsüblichen Pflicht“. Sie leugnen also jene Unterscheidung für das Bürgerliche Gesetzbuch ganz. Wir wollen die Richtigkeit der einen oder anderen Ansicht hier ununtersucht lassen und uns nur darauf beschränken zuzusehen, ob die §§ 116—118 auch auf die stillschweigenden Willenserklärungen, falls sie dem Bürgerlichen Gesetzbuch in dem einen oder anderen Sinne zugrunde zu legen sind, anwendbar sind. Wie schon oft hervorgehoben, stimmen die Fälle darin überein, daß bei ihnen die Diskrepanz zwischen Wille und Erklärung eine absichtliche ist. Der Erklärungswille, d. h. der Wille, die Erklärungshandlung als äußere Tat zu vollziehen, ist also in allen Fällen notwendig vorausgesetzt. Beachtet man dies, so liegt es auf der Hand, daß eine stillschweigende Willenserklärung in jenen Fällen überhaupt nicht denkbar ist, wenn man sie im Sinne Bekkers oder Savignys definiert. Denn Bekker sieht das Merkmal der stillschweigenden Willenserklärung in dem Fehlen des Erklärungswillens, der hier gerade da sein muß. Und stellt man es, wie Savigny, auf den subjektiven Willenskundgebungszweck des Erklärenden ab, so leuchtet ein, daß auch dieser in unseren Fällen gegeben ist, denn der Erklärende verfolgt ja das Ziel, einen Willen zu erklären. Fassen wir hingegen den Begriff der stillschweigenden Willenserklärung im Sinne

---

[1]) So Endemann, Lehrb. Bd. 1 S. 295; Crome Bd. 1 S. 381; Isay a. a. O. S. 31 und Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 65.

der objektiven Theorie, z. B. Zitelmanns auf, so ergibt sich, daß auch bei bewußter Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung eine stillschweigende Willenserklärung möglich ist. Denn ich kann in der Tat ein Verhalten beobachten, von dem ich weiß, daß der Gegenüberstehende einen bestimmten Willen daraus erschließen kann und wird, daß aber dieses Verhalten nach objektiver Verkehrsregel den Willen nicht ergibt.

2. Abschnitt.

## Die Wirkungen der §§ 116 Satz 1, 116 Satz 2, 117 Abs. 1 und 118 BGB.

### A. Im allgemeinen.

§ 5.

### Geschichtliche Übersicht.

Welche rechtliche Behandlung die den Gegenstand unserer Erörterung bildenden Fällen in den römischen Quellen finden, läßt sich strikt nicht entscheiden. Nur die Nichtigkeit des simulierten Geschäfts ist klar ausgesprochen, z. B. für den Kauf in l. 54 D. de obl. et act. 44, 7, l. 55 D. de contrah. emtione 18, 1, l. 36 D. de contrah. emtione 18, 1, für die Ehe l. 30, D. de ritu nuptiarum, 23, 2, l. 3 C. de repud. etc. 5, 1. Für die Unwirksamkeit der Mentalreservation beruft man sich auf die l. 13, D. de donationibus 39, 5. Mit dieser Stelle steht aber die l. 37 § 6 D. de acqu. rerum dom. 41, 1 im Widerspruch, welche denselben Fall wie die l. 13 D. 39, 5 behandelt. Über den Scherz handelt l. 3 § 2 D. de obl. et act. 44, 7. Erkennt diese Stelle auch die Nichtigkeit einer

Scherzerklärung an, so bietet sie doch, weil es zweifelhaft ist ob sie von erkennbarem oder unerkennbarem Scherz handelt, keinen Anhaltspunkt für die Feststellung der grundsätzlichen Behandlungsweise des Scherzes in den Quellen. Die l. 24 de test. mil. 29, 1 bespricht auch nur einen Fall, wo sich aus den Nebenumständen die Nichternstlichkeit der Erklärung ergibt. Von der durchschauten Mentalreservation vollends ist in den Quellen nirgends die Rede. So wären wir denn allein darauf angewiesen, das Prinzip zu suchen, nach welchem die Römer überhaupt das Problem des Verhältnisses zwischen Wille und und Erklärung lösten. Daß die Quellen auf die voluntas im Sinne der inneren Absicht sehr oft entscheidendes Gewicht legen, ist unbestreitbar. Als Belege dafür nenne ich folgende Stellen: l. 57, D. de obl. et act. 44, 7, wo namentlich die alio aliud existimante zeigen, daß ein innerer Willensdissens gemeint ist, l. 23 I. de inut. stip. 3, 19, wo an eine ambigua oratio, wie Leonhard, Irrtum S. 188, will, keineswegs gedacht werden darf, l. 9 pr. de contrah. emtione 18, 1, wo das putare sicherlich auf das innere Meinen geht. In der vielumstrittenen Stelle l. 3 D. de reb. dubiis 34, 5 läßt sich wohl auch nur ein innerer Wille annehmen. Der Versuch Leonhards, eine zweideutige Erklärung vorauszusetzen, wobei der Erklärende weder das eine, noch das andere, was in der Erklärung liegt, sondern ein Drittes meint, ist kaum haltbar.[1]) Demgegenüber ist aber in den Quellen oft auch eine gewisse Selbständigkeit der Erklärung gegenüber dem inneren Willen anerkannt. Ich erinnere zunächst an die von Baehr herangezogenen Fälle, in denen der von seiten des Gläubigers erfolgte Widerruf einer

---

[1]) vgl. Enneccerus, Rechtsgesch. Bd. 1 S. 121 ff., 131 ff.; Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 14 ff.

dem Schuldner erteilten Ermächtigung mit befreiender Wirkung an einen Dritten zu leisten, nicht schon dann seine Wirksamkeit verliert, wenn die Absicht des Gläubigers wegfällt, sondern erst dann, wenn der Schuldner von diesem Wegfall Kenntnis erlangt,[1]) ferner an die Fälle, wo die einem Institutor erteilte öffentliche Vollmacht Dritten gegenüber erst dann entkräftet wird, wenn ihre Zurücknahme oder Beschränkung in gehöriger Weise zur öffentlichen Kenntnis gebracht ist.[2]) Weiterhin ist auch hervorzuheben l. 13 § 2 D. 13, 6 und l. 54 § 3 D. 41, 1.[3]) Als Resultat ergibt sich also: Die einheitliche Durchführung eines leitenden Gesichtspunktes ist aus den Quellen nicht zu beweisen. Weder dem Willen noch der Erklärung ist die Alleinherrschaft eingeräumt, vielmehr entscheiden sich die römischen Juristen für das eine oder andere Prinzip, je nachdem es die aequitas erheischt. Nur bei letztwilligen Verfügungen und liberalen Akten ist die quaestio voluntatis stets zugelassen. Somit führt also auch dieser Weg zu keinem sicheren Ergebnis über die Behandlung unserer Fälle in den Quellen.

Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts behandelte die beabsichtigte Divergenz zwischen Wille und Erklärung wie folgt: Sie hielt grundsätzlich an ihrem Prinzip, daß die Erklärung ohne entsprechenden inneren Willen wirkungslos sei, fest, zog aber, wo die strikte Durchführung desselben zu Härten geführt hätte, ergänzend den Verschuldungsgedanken heran. Sie schied zunächst die Fälle, in denen

---

[1]) l. 26 § 1 D. 17, 1, l. 12, § 2, l. 34 § 3, l. 51 D. 46, 3.

[2]) l. 11 §§ 2—5 D. 14, 3; vgl. die verschiedenartige Interpretation bei Windscheid a. a. O. S. 21 und Zitelmann, Jherings Jahrb. S. 390—396.

[3]) Friedrich Mommsen, Erörter. II S. 94ff.

der Willensmangel dem Erklärungsgegner bekannt war oder erkennbar war, von denjenigen, wo eine solche Erkennbarkeit nicht vorlag. Dort galt das reine Willensdogma, hier milderte man seine Konsequenzen mit Rücksicht auf die bona fides des Erklärungsempfängers dann, wenn eine Schuld des Erklärenden hinzukam. So stellte Windscheid in seiner berühmten Abhandlung „Wille und Willenserklärung“ den Lehrsatz auf, daß der gutgläubige Erklärungsempfänger sich dann auf die Erklärung stützen könne, wenn dem Urheber dolus oder lata culpa zur Last falle. Die Gleichstellung von culpa lata und dolus begründete er eingehend aus den Quellen. Bei culpa levis hingegen glaubte er nur durch Gewährung des Anspruchs auf Schadloshaltung helfen zu können. Regelsberger, der in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 2 S. 408 noch ganz und gar den Spuren Windscheids gefolgt war, schlug später in seinen Pandekten eigene Wege ein. Er ging weiter als Windscheid, indem er bei Verkehrsgeschäften zur Haftung im Wort culpa levis genügen ließ und bei bloßer Verursachung der Täuschung den Anspruch auf das sogen. negative Vertragsinteresse zuerkannte. Er blieb aber hinter Windscheid zurück, indem er bei Nichtverkehrsgeschäften stets Nichtigkeit statuierte, ohne Rücksicht auf den Grad der Verschuldung.[1]) Anderen Pandektisten erschien ungeachtet der Unterscheidung zwischen Verkehrs- und Nichtverkehrsgeschäften culpa levis schlechthin als ausreichend, um die Erklärung als gültig zu behandeln.[2]) Das gemeinsame aller dieser Ansichten lag aber darin, daß

---

[1]) Regelsberger, Pand. S. 513/14.

[2]) Unger, Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 675; Scheiff, Die Divergenz zwischen Wille und Erklärung; Bonner, Diss. S. 23 f.

sie das Verschuldungsprinzip zur Korrektur des Willensprinzips benutzten. Es gab indes auch starre Willenstheoretiker, die sich zu solcher Korrektur nicht herbeilassen wollten. Sie hielten das Willensprinzip in voller Reinheit bis zur letzten Konsequenz fest und gewährten dem Verschuldungsgedanken nur insoweit Raum, als sie eine Haftung auf das negative Vertragsinteresse begründen sollte.[1])

Auf unsere Fälle angewendet, ergeben vorstehende Grundsätze folgende Resultate: Bei der Mentalreservation tritt der der Erklärung entsprechende Erfolg ein, weil dem Erklärenden Arglist zur Last fällt. Ergänzend wird die Unwirksamkeit der Mentalreservation noch damit begründet, daß die bona fides ihre Nichtbeachtung fordere.[2]) Nach Zitelmanns Auffassung bildet die Unwirksamkeit der Mentalreservation eine Modifikation des Willensdogmas, die erst Kraft der Machtvollkommenheit des Richters im Stadium der Verwirklichung eintrete.[3]) Die Simulation und durchschaute Mentalreservation bewirken prinzipgemäß Nichtigkeit der Erklärung.[4]) Auch die Scherzerklärung müßte im Sinne der

---

[1]) So besonders Zitelmann am Ende seiner Abhandlung in Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 417, wo er sagt: „Diese Haftung ist keine Ausnahme von dem Prinzip, sondern die selbständige Konsequenz eines anderen Prinzips, des Prinzips der Verschuldung."

[2]) Savigny a. a. O. III S. 258; Seufferts Arch., neue Folge, S. 394.

[3]) Jherings Jahrbücher Bd. 16 S. 403.

[4]) Bezüglich der durchschauten Mentalreservation finden wir dies ausdrücklich ausgesprochen bei Regelsberger, Pand. I § 141 S. 516; Bekker, System II S. 136; Kohler, in Jherings Jahrb. 16 S. 91; a. A. Leonhard, Allgem. Teil S. 468, der übrigens in der zweiten Auflage seiner Schrift über den Irrtum in diesem Punkte eine Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln sieht. Die Nichtigkeit wird auch darauf zurückgeführt, daß infolge der Kenntnis des Vorbehalts auf seiten des

herrschenden gemeinrechtlichen Lehre ohne Rücksicht darauf, ob der Mangel der Ernstlichkeit erkennbar hervorgetreten ist oder nicht, nichtig sein. Doch hierin sind eben die Vertreter der verschiedenen Richtungen innerhalb der Willenstheorie nicht einig. Die Extremen ziehen jene Konsequenz; Windscheid läßt eine Ausnahme eintreten, wenn die Nichterkennbarkeit auf grober Fahrlässigkeit beruht, andere bei jeder Fahrlässigkeit. Regelsberger endlich geht bei Nichtverkehrsgeschäften Hand in Hand mit den Extremen, bei Verkehrsgeschäften hingegen duldet er die Berufung auf Scherz nur bei Unverschulden. Alle sind aber wiederum darin einig, daß der Erklärende dort, wo ihm die Berufung auf Nichternstlichkeit gestattet wird, das negative Vertragsinteresse dem Erklärungsempfänger zu prästieren habe. Die Extremen fordern allerdings immer eine culpa.

Nach der Erklärungstheorie ist die Wirkungslosigkeit der Mentalreservation natürliche Folge des Prinzips, die Berufung auf Scherz ist nur dann zulässig, wenn der Mangel der Ernstlichkeit erkennbar war. Sonst ist der Geschäftsabschluß vollgültig, ohne daß irgend ein Verschulden vorausgesetzt wird.[1]) Die Nichtigkeit des simulierten Geschäfts erkannten auch die Erklärungstheoretiker an, bei der durchschauten Mentalreservation hingegen behandelten sie die Erklärung als gültig.[2]) Das ALR. I, 4 § 52 verlangte, vom Willensprinzip ausgehend, daß eine Willenserklärung, woraus Rechte und Verbindlichkeiten entstehen sollen, ernstlich ist.

---

Erklärungsempfängers ein stillschweigender Vertrag über den Nichteintritt der Rechtsfolgen anzunehmen sei, so insbesondere RG. in Gruchots Beiträgen Bd. 35 S. 400.

[1]) So Bekker, System Bd. 2 S. 138.

[2]) Piniński a. a. O. S. 399.

Eine nicht ernst gemeinte Willenserklärung ist unverbindlich und nichtig. Scherz und Simulation machen demnach ein Geschäft hinfällig. Bezüglich der Simulation spricht dies das allgem. Landrecht noch besonders beim Kauf in Teil 1, Titel 2 § 70 aus. Was den Scherz angeht, so kommt es, damit Nichtigkeit eintrete, nicht darauf an, daß der Mangel der Ernstlichkeit aus der Erklärung hervorgehe. § 55 a. a. O. ist nicht dahin zu verstehen, daß die Nichternstlichkeit dem Mitkontrahenten erkennbar sei, vielmehr handelt es sich hier lediglich um eine Beweisregel. Dem Richter darf der Willensmangel nicht durch Eid nachgewiesen werden, sondern es müssen Umstände dargetan werden, welche das Vorgeben, daß die Erklärung ungewollt war, objektiv rechtfertigen. Ist somit auch die nichternstliche Willenserklärung, bei welcher Erkennbarkeit des Willensmangels nicht vorliegt (ungebührlicher Scherz), nichtig, so verpflichtet sie doch gemäß § 56 a. a. O. zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses. Hingegen tritt diese Verpflichtung zur Schadloshaltung nicht ein, wenn der Erklärungsempfänger schuldhafterweise den Scherz nicht erkennt.[1])

## § 6.

## Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Der Entw. 1 ruhte, wie wir gesehen haben, auf dem Boden des Willensdogmas. Daraus ergab sich für ihn von selbst, daß er in den Fällen der mißlungenen Mentalreservation und der Simulation Nichtigkeit eintreten lassen mußte. Die Unwirksamkeit der Mentalreservation sah er als eine aus Gründen der bona fides und des Verkehrsinteresses gerecht-

[1]) vgl. Koch, Komm. zum ALR. zu § 56 Note 66.

fertigte Ausnahme an.[1]) In Ansehung der Scherzerklärung nahm er einen reinen Deliktsstandpunkt ein. In übertriebener Differenzierung stufte er nach dem Verschulden des Erklärenden die Rechtsfolgen ab. Er lehnte sich dabei im wesentlichen an Windscheids bereits oben skizzierte Auffassung an. Also: grundsätzlich Nichtigkeit der Scherzerklärung (Entw. 1 § 97 Abs. 1), bei culpa lata des Erklärenden aber Gültigkeit (§ 97 Abs. 2), bei culpa levis Nichtigkeit, aber Pflicht zur Schadloshaltung in Höhe des negativen Vertragsinteresses (§ 97 Abs. 3). Konkurrierendes Verschulden des Erklärungsempfängers bewirkt stets Rückkehr zur Regel (§ 97 Abs. 4).

Mit Recht ist diese Art der Regelung von der Kritik fast einstimmig verworfen worden. Das Bürgerliche Gesetzbuch läßt bei der Mentalreservation den der Erklärung entsprechenden Erfolg eintreten. Hierin darf aber nicht die Annahme der Erklärungstheorie erblickt werden, vielmehr geht auch das Bürgerliche Gesetzbuch von den bereits für den Entw. 1 maßgebend gewesenen Utilitätsgründen aus.[2]) Die übrigen Fälle sind einheitlich geordnet. Das Bürgerliche Gesetzbuch erklärt die Willenserklärung nicht nur bei mißlungener Mentalreservation und Simulation, sondern auch beim Scherz schlechthin für nichtig. Im letzterem Falle aber gewährt es dem Erklärungsgegner stets einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse, sofern ihm selbst kein Verschulden zur Last fällt (§ 122 Abs. 2 BGB.). In Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht will Dernburg[3]) die

---

[1]) Mot. Bd. 1 S. 191.

[2]) Mot. Bd. 1 S. 192; Prot. Bd. 1 S. 94.

[3]) Bürgerl. R. Bd. 1 § 141 Anm. 5. Die von Dernburg angeführten unbilligen Resultate unserer Auffassung treffen nicht zu; vgl. oben S. 21.

Nichtigkeit nach § 116 Satz 2 BGB. nur dann zulassen, wenn die Kenntnis des geheimen Vorbehalts auf seiten des Erklärungsempfängers als Mangel des rechtsgeschäftlichen Willens desselben aufzufassen ist. Diese Einschränkung scheint mir jedoch nach dem Wortlaut des Gesetzes und der Begründung in den Motiven,[1]) wonach in § 116 Satz 2 nur der Ausschluß der Täuschung des Erklärungsempfängers die Nichtigkeit herbeiführt, nicht angängig zu sein.

Die nach den §§ 116 Satz 2, 117 Abs. 1 u. 118 BGB. eintretende Nichtigkeit bedarf näherer Untersuchung. Der Begriff der Nichtigkeit hat sich aus dem in den römischen Rechtsquellen sich findenden Nullitätsinstitut entwickelt. Der Ausdruck negotium nullum, der ständig in den Quellen wiederkehrt, leidet indessen an verwirrender Mehrdeutigkeit. Bald bedeutet er ein „nichtiges" Geschäft im technischen Sinne, bald ein „Nichtgeschäft", oft wird er sogar auch von einem bloß anfechtbaren Geschäfte gebraucht.[2]) Im Laufe der Rechtsentwicklung trat neben den Begriff der Nichtigkeit derjenige der Anfechtbarkeit. Seine Wurzeln liegen bereits im römischen Formularprozeß, und zwar in dem auf dem eigentümlichen Dualismus zwischen Zivil- und prätorischem Recht beruhenden Gegensatze der im Prozeß ipso iure und der ope exceptionis zu berücksichtigenden Tatsachen.[3]) Seine Eigentümlichkeit besteht darin, daß ein Geschäft, welches der Anfechtung unterliegt, zunächst seine normalen Wirkungen äußert, aber (in der Regel nur) durch bestimmte berechtigte Personen umgestoßen werden kann (ob mit ex nunc- oder ex

---

[1]) Bd. 1 S. 192.

[2]) Windscheid, Pand. § 82 Anm. 2.

[3]) vgl. Eisele, Die materielle Grundlage der exceptio 1877.

tunc-Wirkung ist bestritten) und daher vom Richter nicht ex officio zu berücksichtigen ist. Im gemeinen Recht gesellte sich zu den Begriffen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit noch derjenige der Unwirksamkeit.[1]) Man spricht von Unwirksamkeit dann, wenn eine Willenserklärung kraft ihres eigenen Inhalts nicht wirken will. So insbesondere beim Bedingungsausfall.[2]) Das Wesen der „Nichtigkeit" im Gegensatze zu dem der Nachbarbegriffe „Anfechtbarkeit" und „Unwirksamkeit" besteht nun darin, daß die im Inhalte der Erklärung statuierten Rechtsfolgen von Rechts wegen ausbleiben. Die Parteien verwirklichen zwar äußerlich den rechtsgeschäftlichen Tatbestand, seine normalen Wirkungen treffen aber nicht ein. Dies ist das Wesen der Nichtigkeit. Ihre Begründung in unseren Fällen ist sowohl vom Standpunkt der Willens- wie von dem der Erklärungstheorie versucht worden. Wir wollen sehen, welche von beiden besser zum Ziele führt. Was zunächst die durchschaute Mentalreservation angeht, so bietet ihre Konstruktion der Willenslehre keine Schwierigkeit. Die Nichtigkeit der Erklärung folgt aus ihrem Prinzip. Das der Durchführung des Willensdogmas bei der gewöhnlichen Mentalreservation entgegenstehende Verkehrsbedürfnis trifft hier, wie die Motive richtig bemerken, nicht zu.[3]) Dagegen dürfte es wohl kaum möglich sein, die Nichtigkeit vom Standpunkt der herrschenden Erklärungstheorie aus abzuleiten. Nach ihr knüpft sich die Rechtsfolge an die Erklärung, und zwar kraft des Geltungswillens. Nun ist dieser Geltungswille bei der durch-

---

[1]) Namentlich verfochten von Windscheid, Pand. § 82 S. 423.

[2]) Leonhard, Allgem. Teil S. 430ff.

[3]) Mot. Bd. 1 S. 192.

schauten Mentalreservation in gleichem Maße vorhanden wie bei der gewöhnlichen. Durch die zufällige Kenntnis des geheimen Vorbehalts seitens des Erklärungsempfängers wird er nicht beseitigt. Mithin müßte die Erklärung gültig sein. Nur nach der neuesten Formulierung der Erklärungstheorie durch Isay[1]) bestünde die Möglichkeit § 116 Satz 2 zu rechtfertigen. Isay versteht nach dem Vorgange Piniński's[2]) unter einer Willenserklärung nicht eine einzelne Handlung, sondern das gesamte für den Schluß auf den Willen in Betracht kommende Verhalten des Wollenden. Dank dieser weiten Fassung des Erklärungsbegriffes kommt man freilich dazu, die bei der mißlungenen Mentalreservation begrifflich erforderliche Kenntnis auf seiten des Erklärungsempfängers mit in den Erklärungsakt einzubeziehen, und damit zu dem Ergebnis, daß die Mentalreservation in der Erklärung zum Ausdruck gelangt sei. Isays Erklärungsbegriff ist indessen, wie wir gezeigt haben,[3]) im Gesetz nicht begründet.

Auch bei der Simulation ergibt sich die Nichtigkeit der Erklärung für die Willenstheorie von selbst: die beiderseits nicht gewollte Scheinerklärung ist nichtig, die gewollte Gegenerklärung gültig.[4]) Unter den Erklärungstheoretikern hat vor allem Kohler den Versuch gemacht, die Nichtigkeit des simulierten Geschäfts von seinem Standpunkte aus zu begründen. Der Grundgedanke, von dem er ausgeht, ist der, daß man die „Totalität" der Willenserklärung im Auge behalten müsse und nicht ein „willkürliches Stück" aus ihr herausgreifen dürfe, nämlich das Stück, welches die Parteien

[1]) a. a. O. S. 23 ff.

[2]) Piniński a. a. O. S. 290.

[3]) vgl. oben S. 3 ff.

[4]) vgl. RG. in JurW. 1903, Beilage S. 74.

„Dritten kund zu geben belieben“. Bei der Simulation stünden sich Erklärung und Gegenerklärung innerhalb desselben Rechtsgeschäfts gegenüber, so daß sich beide gegenseitig neutralisieren müßten. Gehen wir auf diesen Gedankengang Kohlers näher ein, so ergibt sich u. E. nicht das von Kohler gewonnene Resultat, daß das simulierte Geschäft nichtig, sondern daß es ein nicht vorhandenes Geschäft ist. Nehmen wir einen Fall der reinen Simulation als Beispiel. Der Inhalt der Erklärung sei: ich will kaufen. Der Inhalt der zugleich vollzogenen Gegenerklärung ist dann: ich will nicht kaufen. Faßt man beide Erklärungen in eine einheitliche zusammen, dann hebt sich ihr Inhalt auf. Die Erklärung sagt, sie wolle wirken und zugleich sie wolle nicht wirken, im Ergebnis also: sie wolle nicht wirken. Nun gehört aber zu jeder Willenserklärung zum mindesten zweierlei: eine Erklärungshandlung und ein aus ihr ersichtlicher Geschäftsinhalt. Dieser Geschäftsinhalt ist aber im vorliegenden Falle nicht vorhanden. Was da ist, sind Laute und Zeichen ohne rechtsgeschäftlichen Gedanken. Wenn Kohler dennoch meint, es liege ein Geschäft vor, das nur ein juristisches Ergebnis nicht habe, und dieses Geschäft einem auf etwas Unmögliches gerichteten gleichstellt, so ist dieser Vergleich nicht richtig. Bei dem auf etwas Unmögliches gerichteten Geschäft ist immerhin das Wollen eines Erfolges erklärt, eine Willenserklärung also vorhanden, wenn auch eine fehlerhafte; bei der Simulation im Sinne Kohlers dagegen fehlt es an einer solchen ganz.[1]) Der praktische Unterschied zwischen einem nicht vorhandenen und einem nichtigen Geschäft ist freilich gering; er besteht nach Bürgerlichem Gesetzbuche eigentlich

[1]) vgl. Kohler, Jherings Jahrb. 16 S. 98.

nur darin, daß bei nichtigen Geschäften §§ 140, 141 BGB. Anwendung finden.[1])

Es scheint mir aber auch nicht richtig zu sein, daß der Tatbestand des Scheingeschäfts sowohl die Scheinerklärungen selbst wie die Vereinbarung, daß das Geschäft nur zum Schein erfolge, umfaßt. Scheinerklärungen kommen erst dann zustande, wenn das Einverständnis über die Scheinnatur der Willenserklärungen vorhanden ist. Dieses Einverständnis muß also spätestens im Augenblicke der Vollziehung des Scheinaktes vorliegen. Eine erst im Anschluß an eine Willenserklärung getroffene Vereinbarung, es solle das Geschäft nur zur Täuschung Dritter bestimmt sein, macht das in der Vergangenheit vollzogene Rechtsgeschäft nicht mehr zum Scheingeschäft. Man kann in einer solchen Abrede nur eine Aufhebung des geschlossenen Geschäfts in Verbindung mit dem nachträglichen Abschluß eines Scheingeschäfts finden. Ist die Simulationsabsicht der Gegenpartei zugleich mit der Scheinerklärung kundgegeben, so ist der Abschluß des Scheingeschäfts auch hier erst nach vorheriger Annahme des Simulationsantrages denkbar. Ist sonach die Vereinbarung über die Scheinnatur einer Willenserklärung für die Simulation kausal, und muß sie dem Scheinakt auch zeitlich vorausgehen, so kann man die beiden Erklärungen nicht in den Rahmen einer Willenserklärung spannen. Es liegen vielmehr zwei Erklärungen vor, von denen die eine die Voraussetzung der zweiten bildet. Daß ein Scheingeschäft nur beim Vorliegen beider Erklärungen denkbar ist, begründet noch nicht die Annahme der Erklärungseinheit.[2])

---

[1]) vgl. Leonhard, Allgem. Teil S. 439.

[2]) A. A. Danz, DJZ. 1906 S. 1279.

Die Scherzerklärung endlich ist für die Willenstheorie schlechthin nichtig, weil kein Wille hinter der Erklärung steht. Die Erklärungstheorie muß bei der erkennbaren Scherzerklärung genau so wie bei der Simulation zur Leugnung einer Willenserklärung überhaupt gelangen. Die Nichtigkeit der unerkennbaren Scherzerklärung ist durch sie gar nicht ableitbar.

Mit dem richtig verstandenen Wesen der Nichtigkeit verträgt sich sehr wohl die im Falle des § 118 festgesetzte Schadensersatzpflicht (§ 122 BGB.), denn die Nichtigkeit bedeutet, wie wir sahen, bloß das Ausbleiben der normalen Geschäftswirkungen. Gewisse Nebenwirkungen, wie z. B. die Schadensersatzpflicht, sind deshalb nicht ausgeschlossen. Daß das Gesetz eine Verpflichtung zur Schadloshaltung des Erklärungsempfängers nur im Falle des § 118, nicht auch in §§ 116 Satz 2 und 117 Abs. 1 anordnet, ist völlig gerechtfertigt. In den §§ 116 Satz 2 und 117 Abs. 1 ist das Bedürfnis nach Schutz des Erklärungsempfängers nicht vorhanden, denn er weiß ja, daß das Erklärte nicht gewollt ist, darf also nicht auf den Bestand der Erklärung bauen. Im Falle des § 118 hingegen kann es vorkommen, daß der andere Teil den Scherz mißversteht, und sofern er dies entschuldbarerweise tut, ist es nur recht und billig, den Urheber der Erklärung für den Schaden, den er durch seinen Scherz anrichtet, verantwortlich zu machen. „Wer Scherz treibt, tut es auf eigene Gefahr.“[1]) Die Ersatzpflicht geht auf das sogen. negative Vertragsinteresse, d. h. auf das Interesse, welches der Kontrahent an dem Nichtabschluß des Vertrages hat. Auf diese Art der Haftung griff man, wie wir gesehen

[1]) Cosack, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 S. 205.

haben, auch schon im gemeinen Recht bei der Behandlung des Scherzes zurück. Sie bildete eine notwendige Ergänzung der Willenslehre, wo ihre konsequente Durchführung unbilligerweise die Statuierung der Nichtigkeit forderte. Der erste Entwurf begründete die Haftung auf das negative Vertragsinteresse noch aus dem Gesichtspunkte der Culpa, da er nach § 97 Abs. 4 im Falle der bloßen Verursachung der Täuschung des Gegners keinen Ersatzanspruch gewährte. Im Gesetz selbst ist indessen durch die zweite Kommission das Veranlassungsprinzip zum Siege geführt worden. Der Scherzende ist also auch dann haftpflichtig, wenn seine Annahme, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, völlig gerechtfertigt war. Nur dann fällt seine Haftpflicht fort, wenn der Empfänger der Erklärung den Scherz schuldhafterweise nicht erkennt (§ 122 Abs. 2 BGB.). Bei letztwilligen Verfügungen tritt die Haftung überhaupt nicht ein (§ 2078, Abs. 3 BGB.).

## B. Im besonderen.

§ 7

### Wer kann in den Fällen der §§ 116 Satz 2, 117 Abs. 1 und 118 BGB. die Nichtigkeit geltend machen?

Die Nichtigkeit in den §§ 116—118 ist eine absolute. Daraus folgt, daß nicht nur jeder Kontrahent, sondern auch jeder Dritte sie geltend machen kann. Die bisherige gemeinrechtliche und preußische Praxis gestattete dies aber, wenigstens was das simulierte Geschäft betrifft, nur dann, wenn der Dritte ein wirkliches, nicht notwendig rechtliches Interesse an der

Aufdeckung des Scheingeschäft hatte.[1]) Auch für das Bürgerliche Gesetzbuch wollen einige Schriftsteller diese Einschränkung annehmen.[2]) Mit Unrecht. Zunächst spricht die klare Fassung der §§ 116—118 dagegen. Auch praktische Bedenken sind gegen unsere Ansicht dann wenigstens nicht gerechtfertigt, wenn der Dritte die Nichtigkeit durch Klage geltend macht, denn in der Regel wird er sich auf den Weg der Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO. verwiesen sehen, die schon prozessualisch für die Aktivlegitimation „ein berechtigtes Interesse an alsbaldiger Feststellung" voraussetzt. Schon dadurch ist einer willkürlichen Geltendmachung der Nichtigkeit durch Dritte im Wege der Klage ein Riegel vorgeschoben. Doch auch im Wege der Einrede wird man die Geltendmachung der Simulation, des Scherzes usw. auch ohne eigenes Interesse zulassen müssen.[3]) Das Gesetz hat dies m. E. anerkannt in dem besonderen Falle, wo der debitor cessus einem legitimierten Scheinzessionar gegenübersteht (§ 409 BGB.).[4]) Klagt der Scheinzessionar gegen den debitor cessus unter Vorlegung einer Zessionsurkunde, dann kann der Beklagte gemäß § 409 wirksam zahlen, selbst wenn er von der Nichtigkeit der Abtretung Kenntnis hat, denn Schlechtgläubigkeit schließt die Anwendung des § 409 Abs. 1 nicht aus.[5]) Darf er aber nicht auch die Legitimation

[1]) vgl. RG. Bd. 4 S. 253; Bd. 25 S. 207; Bd. 32 S. 230; Seufferts Arch. Bd. 12 S. 337;

[2]) So Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 479; Rehbein, Komm. allgem. T. S. 131; Endemann Bd. 1 S. 364.

[3]) So Neumann, Komm. z. BGB. 4. Aufl. 1905 zu § 117 Note 1.

[4]) Analog auch in § 576 BGB.

[5]) vgl. Fischer-Henle Anm. 6 zu § 409; Dernburg, Bd. 2 S. 367; Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1906 S. 281; Schollmeyer, Komm. zu § 409 Nr. 1.

des Klägers bestreiten? Nach der Meinung derer, welche ein besonderes Interesse zur Geltungmachung des Simulationseinwandes fordern,[1]) könnte er dies nicht, weil er ja hier kein Interesse an der Erhebung des Einwandes hat; wird er doch in jedem Falle befreit.[2]) Die obige Meinung würde aber darauf hinauslaufen, dem § 409 den Charakter einer bloßen Schutzvorschrift für den debitor cessus zu nehmen, das ihm zu freier Ausübung verliehene Recht in eine Pflicht umzuwandeln. Hiermit hat unsere schon aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes folgende Auffassung eine so wesentliche Bestätigung gefunden, daß uns auch die Ausnahmefälle, in denen das Gesetz Beeinträchtigung des Dritten als Voraussetzung der Geltendmachung der Nichtigkeit fordert, nicht irre machen dürfen. Solche Ausnahmen sind die §§ 894 BGB., 876 ZPO., 105 ff., 113 ff. des Zwangsversteigerungsgesetzes vom 24. 3. 1897.

## § 8.

## Gegen wen kann in den §§ 116 Satz 2, 117 Abs. 1 und 118 BGB. die Nichtigkeit geltend gemacht werden?

Aus dem absoluten Charakter der in den §§ 116—118 statuierten Nichtigkeit folgt auch, daß sie gegen jeden, d. h. also nicht nur gegen die Mitkontrahenten, sondern grundsätzlich auch gegen jeden Dritten wirkt. Dies war im römischen

---

[1]) vgl. Rechtspr. d. OLG. 1904 S. 75, wo auch ein prozessuales Interesse für ausreichend erachtet wird.

[2]) § 409 schließt war zwar eine event. Schadensersatzpflicht aus § 826 nicht aus, sie ist aber in den vorliegenden Fällen nicht denkbar, da der Schuldner sich darauf stützen kann, daß er nach dem Willen des Anzeigenden handle.

Recht ausnahmslos anerkannt.[1]) Im gemeinen Recht machte sich indessen eine Strömung geltend, welche für gutgläubige Dritte Schutz forderte, zunächst freilich nur im Falle der Simulation. Dernburg war es vor allem, der in seinem preuß. Privatrrecht (§ 104 Anm. 8) prinzipielle Anerkennung dieses Schutzes Dritterbei lästigen Rechtsgeschäften verlangte, und er fand nicht nur bei seinen wissenschaftlichen Genossen,[2]) sondern auch in der Praxis Beifall. Kohler stellte es als ein Prinzip der Gerechtigkeit hin, daß „ein Geschäft, welches unter den Parteien nur zum Scheine gilt, sobald Veranstaltungen getroffen sind, welche es dem Publikum als wahr erscheinen lassen, dem gutgläubigen Dritten gegenüber als wahr und echt gelten muß." In der Praxis brachte man den neuen Gedanken namentlich bei den Geschäften zur Geltung, bei denen Publizität bestand, also insbesondere im Grundbuchverkehr, bei der Ehe, Vollmacht und auch bei der Zession, wenn der Zedent dem Zessionar eine Urkunde ausgehändigt hatte. Hier war ja die Spaltung einer Willenserklärung in einen ostensiblen und einen geheimen Teil für den Verkehr besonders gefährlich.[3]) Man gewährte dem gutgläubigen Dritten, der von dem Scheinerwerber seinerseits erworben hatte, gegen die Klage des Scheinveräusserers die exceptio doli.[4]) Gesetzliche Anerkennung fand das Schutzprinzip in § 1321 des code civil,

---

[1]) vgl. Codex IV, 22 plus valere quod agitur etc.; a. A. für das gemeine Recht Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 128.

[2]) Regelsberger in Endemanns Handb. II S. 407; Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 128; Hartmann in Jhrings Jahrb. Bd. 20 S. 3 ff.; früher auch Enneccerus, Rechtsgesch. S. 99, 101; Mommsen, Erörterungen Bd. 2 S. 121/22.

[3]) Besonders weitgehend RG. Bd. 20 S. 336 ff.

[4]) So Dernburg, Preuß. PrivR. § 104 Anm. 8; Kohler a. a. O. S. 134.

wo die Wirksamkeit der contrelettres, d. h. der Simulationsurkunden, Dritten gegenüber verneint wird, ein Grundsatz, der in der Praxis analog auf jede Simulationsabrede ausgedehnt wurde.[1]) Aber es war eben nur der Fall der Simulation, bei der man den gutgläubigen Dritten schützte. Im übrigen ging er schutzlos aus. Heute liegt die Sache anders. Da im Liegenschaftsrecht der öffentliche Glaube des Grundbuchs Dritten schlechthin Schutz gewährt und im Fahrnisrecht das „Hand wahre Hand"-Prinzip gilt, so wird in allen Fällen der Nichtigkeit der gutgläubige Dritte, soweit es sich um sachenrechtlichen Erwerb handelt, geschützt. Es kommen hier in Betracht die §§ 891, 892, 893, 932—934, 1032 und 1207 BGB. Aber auch außerhalb des Sachenrechts hat das Bürgerliche Gesetzbuch Schutzvorschriften für Dritte aufgestellt, welche gleichfalls den §§ 116—118 gegenüber zur Geltung kommen. So zunächst §§ 171, 172 BGB: Wer die Tatsache der Bevollmächtigung eines anderen durch besondere Mitteilung[2]) einem Dritten anzeigt oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgibt, haftet im ersteren Falle dem Dritten, im letzteren jedem Dritten aus allen Geschäften, welche der Benannte in Gemäßheit der Mitteilung bezw. Bekanntmachung abschließt, ohne Rücksicht darauf, ob die Bevollmächtigung der Wahrheit entspricht oder nicht. Sie greift also auch dann Platz, wenn die Bevollmächtigung aus den Gründen der §§ 116, Satz 2, 117 Abs. 1 oder 118 nichtig ist. Dem Obligationenrecht gehört die den Schuldnerschutz bezweckende Bestimmung der §§ 409, 410 BGB. an. Hiernach ist dem Gläubiger, der eine Forderung zediert und die Zession dem Schuldner mitgeteilt

---

[1]) vgl. Zachariä-Crome, Französ. Zivilrecht S. 360 Anm. 7.

[2]) Auch durch den Bevollmächtigten selbst.

oder den Cessionar durch eine Urkunde legitimiert hat, die Berufung darauf, daß die Zession aus den §§ 116—118 nichtig sei, nicht gestattet. In analoger Weise kann der Vermieter, der dem Mieter den Eigentumswechsel bezüglich des Grundstücks angezeigt hat, dem Mieter für diejenigen Mietzinsraten, welche gemäß § 574 BGB. dem neuen Eigentümer zufallen, die Unwirksamkeit der Eigentumsübertragung nicht entgegenhalten (§§ 576 und 574 BGB.).

Was speziell die Simulation anlangt, so hat man bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches vielfach eine generelle Bestimmung gefordert, welche den Dritten nicht nur dann sichert, wenn er von einem Scheinkontrahenten Rechte erwirbt, sondern ganz allgemein immer, wenn er dadurch Schaden leidet, daß er das Scheingeschäft für ein Ernstgeschäft hielt. Man hatte hierbei namentlich die Fälle im Auge, wo durch simulierte Geschäfte falsche Ansichten über die Vermögensverhältnisse des Scheinerwerbers veranlaßt werden, durch welche sich Dritte zur Kreditierung bestimmen lassen. In der zweiten Kommission wurden auch mehrere Anträge dahin gestellt, daß Dritten, welche auf die Ernstlichkeit der Willenserklärung vertrauten, von den Scheinkontrahenten die Simulation nicht entgegengesetzt werden dürfe. Alle diese Anträge[1]) wurden indessen mit der Begründung abgelehnt, „bei der Simulation werde die Täuschungsabsicht der Parteien häufig nur gegen bestimmte Personen gerichtet sein. Daraus lasse sich aber nicht für jedermann das Recht ableiten, das an sich ungültige Geschäft seinerseits als gültig zu behandeln. Es empfehle sich nicht, den Schutz des guten Glaubens zu einem all-

[1]) Prot. 201/02; vgl. hiergegen Meißner, Kritische Bemerkungen zur Schlußrevision S. 38.

gemeinen Rechtsprinzip zu erheben, zumal dadurch die Begründung der möglichst zu vermeidenden relativen Verhältnisse begünstigt werde". Nach heutigem Recht kann daher ein Dritter regelmäßig nur nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen Schadensersatz von den Simulanten verlangen. Nur in einer Beziehung hat das Gesetz, einem dringenden Verkehrsbedürfnis entgegenkommend, den gutgläubigen Dritten noch besonders gegen den Simulationseinwand schützen wollen, nämlich beim Forderungserwerb (§ 405). Dieser Paragraph lautet: „Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt, oder daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte." Hier ist die Nichtigkeit der Scheinschuld also nur eine relative. Zugunsten des gutgläubigen Zessionars gilt die Forderung als bestehend. Hervorgehoben sei aber nochmals, daß der Zessionar durch § 405 nur gegen den Einwand des Scheins, nicht auch gegen denjenigen der durchschauten Mentalreservation und des Scherzes gedeckt ist. Wenn also z. B. jemand in nichternstlicher Absicht einen Schuldschein unterschreibt, so braucht er nicht zu fürchten, daß die Gegenpartei diesen mißbrauchen wird, denn ihm steht gegen jeden Zessionar die Berufung auf die Nichtigkeit des Geschäfts aus § 118 offen.

Die Wirkung der Nichtigkeit auf Grund der §§ 116 Satz 2, 117 Abs. 1 und 118 tritt grundsätzlich auf allen Gebieten des Privatrechts ein. Nicht nur im Bereiche des Ver-

mögensrechts sind simulierte oder scherzweise vollzogene Geschäfte nichtig, sondern die gleiche Wirkung eignet auch familienrechtlichen Geschäften, wenn bei ihnen einer der fraglichen Tatbestände vorfällt. So hat z. B. das RG. Bd. 29 S. 132 und das Kammergericht in dem Beschlusse vom 8. 7. 1901 [1]) eine Annahme an Kindesstatt, mit welcher lediglich der Zweck der Namensübertragung verfolgt wurde, für nichtig erklärt.

## § 9.

## Der Ausschluß der Nichtigkeit bei der Ehe.

Eine wichtige Ausnahme von der in den §§ 116—118 festgesetzten Nichtigkeit besteht in Ansehung der Ehe. Ihre Anerkennung als solche hat sich allerdings erst in langsamer geschichtlicher Entwicklung durchgerungen. In Rom waren bekanntlich die simulierten Ehen an der Tagesordnung. Man benutzte sie dazu, gewisse Konsequenzen des Zivilrechts zu umgehen. Die Wirkungen der Ehe selbst blieben aus: simulatae nuptiae nullius momenti sunt. Auch im gemeinen Rehte war die Ehe hinsichtlich der Nichtigkeit von den übrigen Rechtsgeschäften nicht unterschieden. Seit Erlaß des Reichspersonenstandgesetzes vom 6. 2. 1875 wollten aber viele gemeinrechtliche Schriftsteller bewußte Willensmängel als Nichtigkeitsgründe bei der Ehe nicht mehr zulassen. Man führte zur Begründung dieser Ansicht vor allem die ratio des bezeichneten Gesetzes ins Feld: Wegen der hohen sozialen Bedeutung der Ehe fordere der Staat Publizität ihres Abschlusses, nämlich Abgabe der Eheschließungserklärung vor

[1]) Entsch. d. KG., neue Folge, Bd. 3 S. 250; vgl. auch OLG. Hamburg in Seufferts Archiv 3. Folge Bd. 5 Nr. 69.

dem Standesbeamten und vor Zeugen. Dadurch sollten die Mißstände der privaten und heimlichen Eheschließung, derzufolge es häufig für Dritte nicht feststünde, ob Personen Eheleute seien oder nicht, ein für allemal beseitigt werden. Dieser Zweck des Gesetzes würde aber vereitelt werden, wenn den Eheleuten trotz publiker Eheschließung die Berufung auf einen Willensmangel gestattet werden sollte.[1]) Konstruktiv abzuleiten suchte man den Ausschluß der Nichtigkeit entweder dadurch, daß man dem Ausspruch des Standesbeamten eine gewisse konstitutive Bedeutung beilegte[2]) oder mit Kohler in folgender Weise: Da die Eheschießungserklärungen öffentlich abzugeben sind, können eben nur die öffentlichen Äußerungen als rechtsgeschäftlich betrachtet werden. Was außerhalb des öffentlichen Aktes liegt, wie z. B. das Einverständnis über die Simulation usw., ist unerheblich. Nach heutigem bürgerlichen Recht ist die Ehe als gültig anzusehen, auch wenn die Voraussetzungen der §§ 116 Satz 2, 117 Abs. 1 und 118 vorliegen sollten.[3]) Begründen läßt sich dies freilich nicht nach Regelsberger, da nach § 1318 BGB. auch heute nur der Konsens die Ehe stiftet und der Ausspruch des Standesbeamten so wenig wesentlich ist, daß seine Unterlassung die Gültigkeit der Ehe nicht berührt (§ 1319 BGB.), wohl aber ergibt sich dies aus §§ 1323 ff., wo das Gesetz die bei der Ehe stattfindenden Nichtigkeitsgründe erschöpfend aufzählen wollte, der §§ 116 Satz 2, 117 Abs. 1 und 118 aber nicht gedenkt.

---

[1]) Regelsberger, Pand. § 141 S. 517; Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 126 Bd. 28 S. 166 f.; dagegen Dernburg, Preuß. PrivR. § 100 S. 236 Anm. 7.

[2]) Regelsberger, Pand. § 137 II Anm. 2b.

[3]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 478; Cosack § 287 XIV; jetzt auch Kipp in Windscheids Pand. Bd. 1 S. 384.

§ 10.

## C. Die Beweislast.

Bei Beantwortung der Beweislastfrage in den Fällen der §§ 116—118 ist davon auszugehen, daß die Berufung auf einen bewußten Willensmangel allein nicht ausreicht, um eine Willenserklärung zu vernichten, weil beim Vorliegen einer Täuschungsabsicht gegenüber dem Erklärungsempfänger der Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung belanglos ist (§ 116 Satz 1). Der Beklagte muß vielmehr einen der Nichtigkeitsgründe der §§ 116 Satz 2, 117 Abs. 1 oder 118 behaupten.

1. Stützt er sich auf § 116 Satz 2, so liegt darin die Geltendmachung eines an sich gemäß § 116 Satz 1 unbeachtlichen Willensmangels, der aber infolge der Kenntnis des Klägers die Nichtigkeit der Willenserklärung herbeiführt. Der Kläger kann sich demgegenüber in zwiefacher Weise verhalten: Er räumt den geheimen Vorbehalt ein und bestreitet nur seine Kenntnis, oder er stellt die Mentalreservation und die Kenntnis in Abrede. In beiden Fällen trifft den Beklagten die volle Beweislast.[1]) Die Kenntnis des Klägers muß er beweisen, weil dieser Umstand die regelmäßig eintretende Unwirksamkeit der Mentalreservation aufhebt; der geheime Vorbehalt muß von ihm dargetan werden, weil er die notwendige Voraussetzung der Kenntnis bildet. Über die Kenntnis ist gemäß § 445 ZPO. die Eideszuschiebung gestattet.

2. Der Einwand der Simulation enthält die Verneinung des vom Kläger geltend gemachten Rechtsgeschäfts, denn der Beklagte stellt durch die Behauptung eines auf dem Einver-

---

[1]) Ebenso Matthiaß, Bürgerl. R. I S. 209; Bendix, Das bürgerl. R., 1904, I S. 139.

ständnis der Gegenpartei beruhenden Willensmangels die Existenz einer wirksamen Willenserklärung in Abrede.[1]) Der Kläger ist deshalb dafür beweispflichtig, daß die Willenserklärung vom Beklagten ernstlich gewollt sei. Dieser Beweis ist durch die Feststellung der Abgabe der Erklärung noch nicht geführt, wenn der Beklagte Umstände darlegt, die für die Simulation sprechen. Der Kläger muß diese Umstände durch anderweite Tatsachen entkräften und ist abzuweisen, wenn ihm dies nicht gelingt. Eventuell muß er es auf den Eid des Beklagten ankommen lassen, daß die Willenserklärung im Einverständnis des Klägers zum Schein abgegeben sei. Die herrschende Meinung weicht von vorstehender Auffassung ab und legt dem Beklagten die Beweislast auf.[2])

3. Behauptet der Beklagte, daß die Voraussetzungen des § 118 BGB. vorliegen, so bestreitet er damit ebenfalls den Klaggrund. Dem Kläger liegt deshalb auch hier der Beweis für die Ernstlichkeit der Willenserklärung ob. Regelmäßig wird dieser Nachweis durch den äußerlich feststehenden Erklärungstatbestand für erbracht anzusehen sein, sofern nicht von vornherein die Situation oder die vom Beklagten vorgebrachten Tatsachen die Willenserklärung als nicht ernsthaft erscheinen lassen. Ist letzteres der Fall, dann muß der Kläger Umstände behaupten und event. erweisen, welche ergeben, daß die Willenserklärung dennoch ernsthaft war. Mißglückt dieser Beweis, so ist der Wissensmangel festgestellt. Damit steht aber noch nicht fest, ob der Beklagte zur Zeit der Ab-

---

[1]) So auch Franz Leonhard, Die Beweislast S. 309; RG. Bolze V. Nr. 1146; Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 109.

[2]) vgl. Cosack, Lehrb. d. bürgerl. R. I S. 206 f.; Neumann' Handausgabe zu § 117; Betzinger, Die Beweislast im Zivilprozeß 2. Aufl. 1904 S. 157 ff.; Planck, Vorbem. zu § 116.

gabe der Erklärung die Erwartung gehegt hat, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. Wer ist hierfür beweispflichtig? Ich möchte annehmen, daß nach Feststellung des Willensmangels die Willenserklärung solange gemäß § 118 für nichtig zu gelten hat, bis der Kläger nachweist, daß der Beklagte den Mangel hat verheimlichen wollen. Dies rechtfertigt sich dadurch, daß eine Vermutung für Mentalreservation nicht besteht, und daß die für den Willensmangel sprechenden Momente in der Regel auch Indizien für die in § 118 BGB. vorausgesetzte Erwartung sind.

Wird die Ernstlichkeit der Willenserklärung durch die begleitenden Nebenumstände nicht in Frage gestellt, so hat der Beklagte den Gegenbeweis für den Willensmangel zu führen. Er kann dies durch Benennung von Zeugen, denen er sich offenbart hat, oder durch Darlegung von Tatsachen, aus welchen die Nichternstlichkeit hervorgeht, versuchen. Gelingt es ihm, so bleibt ihm der weitere Beweis der Erwartung erspart, wenn die erwiesenen Tatsachen die Erwartung begründen, andernfalls muß er dem nach außen hin vollzogenen Tatbestande gegenüber noch beweisen, daß er eine Täuschungsabsicht nicht gehegt hat.[1])

---

[1]) Ähnlich regeln die Beweislast Franz Leonhard, a. a. O. S. 309; Gareis, Komm. S. 139; Seufferts Arch. Bd. 27 Nr. 182; wohl auch Stölzel, Schulung I, 181; a. M. insbesondere Endemann a. a. O. S. 362; ferner Rosenberg im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 94 S. 24; Neumann, Handausgabe zu § 118; Betzinger a. a. O. S. 157.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

# Lebenslauf.

Ich, Siegfried Fränkel, bin am 3. September 1882 als Sohn des Kaufmanns Emil Fränkel und seiner Ehefrau Therese geb. Weichmann in Königshütte O/S. geboren. Ich bin Jude und preußischer Staatsangehöriger. Ich besuchte von Ostern 1888 bis Ostern 1892 die Volksschule in Königshütte. Ostern 1892 trat ich in die Sexta des Kgl. Gymnasiums in Königshütte ein und verließ diese Anstalt Ostern 1901 mit dem Zeugnis der Reife. Hierauf studierte ich sechs Semester die Rechts- und Staatswissenschaften in Freiburg i/B. (ein Semester), Berlin (ein Semester), Heidelberg (ein Semester) und Breslau (drei Semester). Während meiner Studienzeit besuchte ich die Vorlesungen und Übungen folgender Herren Professoren und Dozenten: Affolter, Beyerle, Brie, Dahn, Eisele, Engelmann, Fischer, Gretener, Heymann, Jellinek, Jörs, Karlowa, Kohler, von Liszt, Leonhard, Rosin, Schröder, Richard Schmidt, Schmoller, Stern, Sehring, Wagner, Wolf.

Am 2. Juli 1904 bestand ich am Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 26. Juli 1904 das examen rigorosum.

Als Referendar arbeitete ich beim Kgl. Amtsgericht in Tost O/S., beim Kgl. Landgericht in Ratibor und bei der Kgl. Staatsanwaltschaft in Beuthen O/S.; zurzeit bin ich bei dem Rechtsanwalt und Notar Herrn Justizrat Leopold Cohn in Beuthen O/S. beschäftigt.